

Université d'Aix-Marseille - Faculté de Droit d'Aix

L'Indépendance de l'Administration

et les

Décisions du Conseil d'État

ÉTUDE DE PRINCIPES ET DE JURISPRUDENCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE PAR

PIERRE LAURENT

DIPLOMÉ DE L'ÉCOLE LIBRE DES SCIENCES POLITIQUES

IMPRIMERIE UNIVERSITAIRE

E. FOURCINE

5, Rue Émeric-David

AIX-EN-PROVENCE

1941



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**L'Indépendance de l'Administration
et les Décisions du Conseil d'État**

*L'Université et la Faculté n'entendent
donner ni approbation, ni improbation
aux opinions émises dans les thèses; ces
opinions doivent être considérées comme
propres à leurs auteurs.*

Université d'Aix-Marseille - Faculté de Droit d'Aix

L'Indépendance de l'Administration

et les

Décisions du Conseil d'État

ÉTUDE DE PRINCIPES ET DE JURISPRUDENCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE PAR

PIERRE LAURENT

DIPLOMÉ DE L'ÉCOLE LIBRE DES SCIENCES POLITIQUES

IMPRIMERIE UNIVERSITAIRE

E. FOURCINE

5, Rue Émeric-David

AIX-EN-PROVENCE

1941

UNIVERSITE D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

PERSONNEL

MM.

RAYNAUD, *, § I., Doyen, Professeur d'Economie Politique.
DUMAS, § I., Assesseur, Professeur d'Histoire Générale du Droit Français.
BRY, *, § I., §, Professeur de Droit Romain.
LEBRET, § I., §, Professeur de Droit Criminel.
AUDINET A., * § I., §, Professeur de Droit Civil.
JAUFFRET, § A., Professeur de Droit Commercial.
DURAND, § A., Professeur de Droit Administratif.
TROTABAS, § I., §, Professeur de Droit Constitutionnel.
P. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, § I., Professeur de Droit International Public.
KAYSER, Professeur de Droit Civil.
MACQUERON, Professeur sans chaire.
STÉFANI, Professeur de la Faculté de Droit de Strasbourg, chargé de cours à la Faculté de Droit d'Aix.
HENRY, Professeur de la Faculté de Droit de Nancy, chargé de cours à la Faculté de Droit d'Aix.

CABRILLAC, Agrégé.
MARCY, Agrégé.
BERTRAND, Chargé de Cours.



PROFESSEURS HONORAIRES

MM.

AULAGNON, *, § I., Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.
LABORDE-LACOSTE, *, § I., Professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux.
PERROUD, *, § I., Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.
RIPERT, *, § I., Doyen de la Faculté de Droit de Paris.

M. DELAPORTE, § I., Secrétaire.

Sens des abréviations utilisées au cours de l'ouvrage

R. : Recueil des arrêts du Conseil d'Etat.

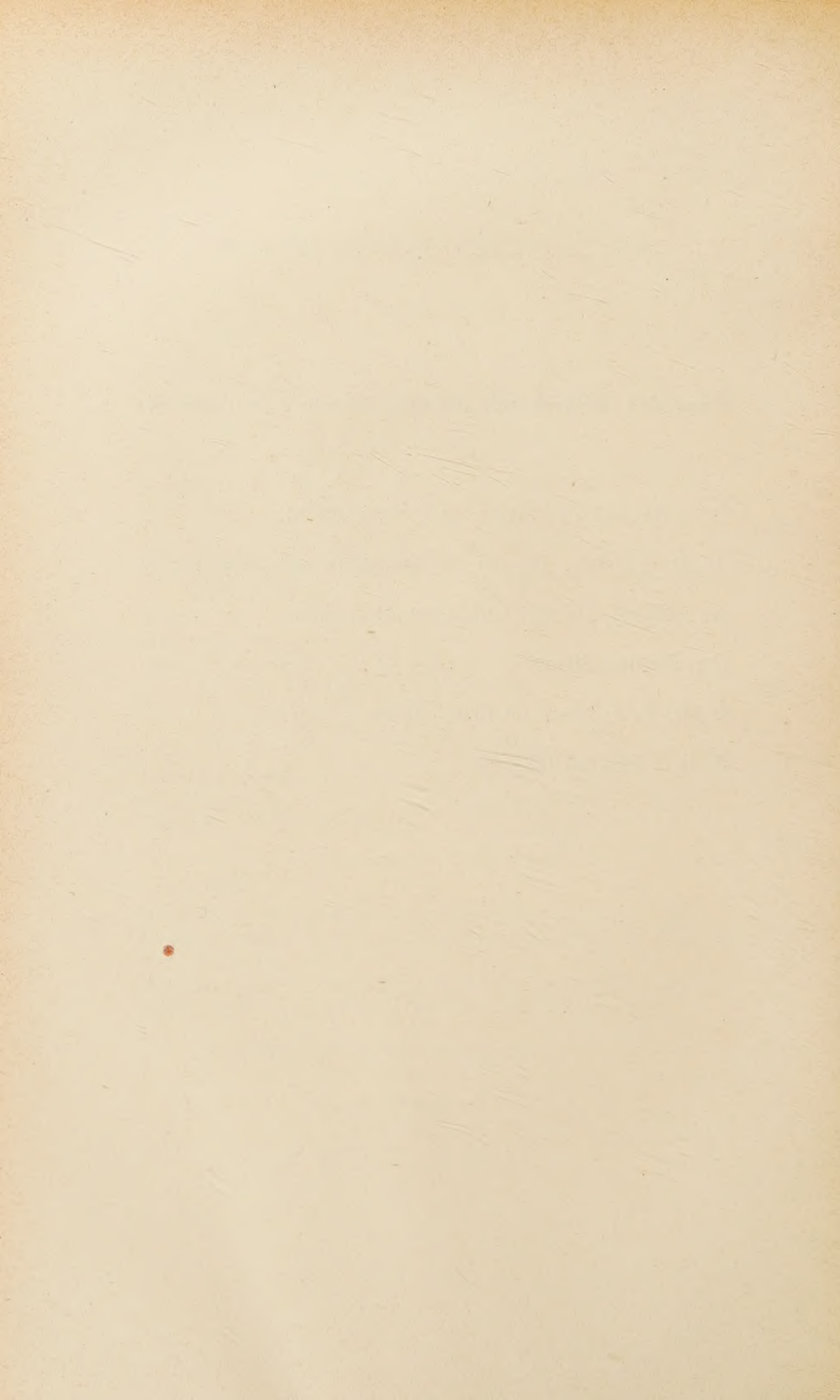
D. H. : Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence.

D. : Dalloz, Recueil périodique et critique.

S. : Recueil Sirey.

R. D. P. : Revue du droit public.

J. O. : Journal Officiel.



INTRODUCTION

Dans notre droit positif, les rapports de l'Administration et du juge posent un problème assez complexe : d'une part, le principe fondamental de la séparation des pouvoirs implique, d'une façon générale, l'indépendance de chacun de ces pouvoirs envers les autres ; d'autre part, le régime de l'Etat de droit que nos constitutions ont voulu instaurer, exige que la fonction juridictionnelle reçoive la plénitude de ses attributions, qui comportent la connaissance des affaires contentieuses administratives. Nous aurons à examiner, à ce point de vue, l'évolution de notre système juridique dans le sens d'une conciliation de ces deux nécessités par l'institution d'une juridiction administrative.

Mais il n'en reste pas moins qu'un conflit peut naître, en raison des conditions particulières dans lesquelles le juge doit statuer dans les affaires administratives : ses décisions s'adressent à l'Administration, qui peut se retrancher derrière son indépendance pour les méconnaître totalement ou partiellement, sans que ce juge puisse en aucune façon la contraindre — puisque la contrainte, manifestation de la puissance étatique ne peut être utilisée par un organe de cette puissance contre un autre de ces organes — ni se substituer à elle, parce que l'indépen-

dance des pouvoirs exige le respect mutuel des compétences.

La structure de notre droit réserve donc des possibilités de conflit. Nous nous proposons d'en approfondir les causes et de rechercher ensuite comment le Conseil d'Etat s'est efforcé d'assurer le respect de ses décisions par l'Administration ; parcourant la jurisprudence, nous y rencontrerons un bel exemple de cette « politique jurisprudentielle » du Conseil, dont l'efficacité s'est maintes fois manifestée très heureusement ; il n'est besoin que de rappeler la théorie de l'imprévision, les principes de la responsabilité de la puissance publique, les précisions apportées au statut des fonctionnaires, le développement enfin du recours pour excès de pouvoir, souligné par M. Alibert (1).

Mais avant de nous placer dans le cadre même de notre étude, il nous paraît nécessaire d'approfondir quelques points généraux : acte administratif, acte juridictionnel sont différents, avons-nous dit ; ils sont l'expression de deux fonctions distinctes. Mais quel est le critère de l'acte juridictionnel ? D'autre part, il ne nous semble pas dépourvu d'intérêt de préciser rapidement la place occupée par le système du droit positif français parmi les divers modes d'organisation des rapports du juge et de l'administrateur.

I. L'ADMINISTRATEUR ET LE JUGE DANS LA THÉORIE DU DROIT. LE CRITÈRE DE L'ACTE JURIDICTIONNEL

Ainsi que le souligne M. Waline (2), « l'existence d'un

(1) Alibert. Le contrôle juridictionnel de l'Administration.

(2) Waline. R.D.P. 1933, p. 565, « Le critère des actes juridictionnels ».

acte juridictionnel distinct de l'acte administratif est une notion courante », mais, c'est en même temps l'une des questions les plus débattues par la doctrine ; ne serait-ce pas une « fausse idée claire » ? Et cependant si la fonction d'administrer et celle de juger sont différentes, si chacune doit respecter l'indépendance de l'autre, il est nécessaire de trouver un fondement raisonnable à cette distinction, d'en découvrir le principe même. C'est en cela que la question touche encore directement à notre étude : examinant l'attitude de l'administration devant le juge, du juge devant l'administration, nous sommes amenés à rechercher en quoi leurs fonctions diffèrent, par là même quelles sont les limites de leur action respective.

Divers critères ont été présentés, que nous examinons rapidement ; il est possible de les grouper en deux grands chefs : les critères fondés sur une différence de *nature* entre les deux catégories d'actes juridiques, ou CRITÈRES MATÉRIELS ; les critères qui s'appuient sur la distinction des organes compétents, des formes ou des procédures suivies, ou sur le degré de puissance attribuée aux actes : ce sont les CRITÈRES FORMELS.

§ 1. *Les théories qui s'efforcent de mettre en lumière UNE DIFFÉRENCE MATÉRIELLE entre les deux fonctions.*

C'est en premier lieu *Duguit* qui s'efforce de trouver le principe de la distinction dans l'opération intellectuelle faite par l'agent : l'acte juridictionnel comporterait deux éléments inséparables, la *solution d'une question de droit*, puis une *décision*, qui a pour objet d'assurer la réalisation de la solution donnée à cette question de droit (3). L'acte accompli par l'administrateur ne serait

(3) Duguit, R.D.P. 1922, « La fonction juridictionnelle », p. 172.

pas commandé aussi étroitement par la solution de la question de droit (4).

Mais si une telle opération est certainement accomplie par le juge, il est impossible de s'y arrêter comme critère parce que l'administrateur, lorsque sa compétence est liée, se livre au même raisonnement. D'autre part, il existe des décisions juridictionnelles qui ne comportent pas de décisions proprement dites, tels les jugements sur les questions préjudicielles, ou les arrêts du Conseil d'Etat sur les recours en interprétation.

Proche de M. Duguit, M. Guillien, dans sa thèse sur « L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée » (5), s'efforce d'aboutir à un critère matériel : l'acte juridictionnel est celui qui tranche une question de violation de la loi ; il ne comporte pas de décision consécutive, à l'opposé de la conclusion adoptée par Duguit. Le juge et l'administrateur appliqueraient l'un et l'autre la loi, mais le premier apprécie la tâche du second : « l'acte juridictionnel est un acte d'intelligence qui porte appréciation sur les fruits de la volonté » (6), il n'est qu'acte de l'intelligence et ne peut, par lui-même, modifier l'ordonnement juridique ; cette modification est la tâche réservée à la *décision consécutive*, acte de la volonté, étrangère à la fonction du juge. Mais M. Guillien apercevant l'insuffisance de ce critère — puisque les actes

(4) Cette opération intellectuelle, qui serait l'élément essentiel de l'acte juridictionnel, est résumée par Duguit sous la forme bien connue de son syllogisme : « La majeure est le rappel de la règle de droit, la mineure est la constatation, soit d'un acte ou d'un fait contraire à cette règle, soit d'une situation de droit née conformément à cette règle et la conclusion est une décision qui est la conséquence nécessaire et logique de la constatation. » *Traité de droit constitutionnel* 1911, I., p. 260.

(5) R. Guillien, thèse Bordeaux 1931.

(6) Op. cit. p. 72.

disciplinaires et les actes hiérarchiques seraient alors compris dans la fonction de justice — est amené à poser le principe qu'un critère formel, la distinction des organes compétents, doit être adjoint au critère matériel (7).

Cependant, ce système ne saurait échapper à toute critique ; certes, la réunion des deux conditions exigées ne permet pas de soutenir, contre cette théorie, le même argument que celui qui fait obstacle à la thèse de M. Duguit ; c'est ainsi qu'à la remarque de M. Ladreit de Lacharrière (8) suivant laquelle il existe des solutions à des questions de violation de la loi qui ne sont pas des actes juridictionnels, tel le procès-verbal de contravention dressé par l'agent de police, M. Guillien pourrait facilement répondre que la seconde condition qu'il exige n'est pas, en l'espèce, satisfaite ; l'acte n'est pas juridictionnel dans sa forme. Il n'en est pas moins vrai que, d'une part, l'utilité du critère matériel semble alors contestable puisqu'il n'est pas suffisant ; cette théorie ne se réduit-elle pas au critère formel, qui semble seul déterminant ? d'autre part la définition adoptée par l'auteur de la nature de l'acte le conduit à dénier le caractère juridictionnel aux jugements de compétence et de recevabilité, ce qui semble difficilement acceptable ; de même, détacher la décision de l'acte du juge pour y voir un élément d'exécution nous semble être le fait d'une attitude trop absolue : la distinction entre l'acte d'intelligence et l'acte de volonté est assez délicate ; au reste, une nouvelle différence peut être invoquée, celle qui sépare la décision juridictionnelle des mesures d'exécution.

(7) Op. cit. p. 198.

(8) Ladreit de Lacharrière, « Le contrôle hiérarchique de l'Administration dans la forme juridictionnelle ». Thèse, Paris 1937.

Le remarquable travail de M. Guillien a donc mis en lumière la difficulté que rencontrent les auteurs qui s'efforcent de trouver dans la seule nature intrinsèque des actes accomplis par le juge et l'administrateur le principe de leur différence. Néanmoins, d'autres auteurs se sont attachés à cette tâche, pensant voir dans la *différence des buts* le fondement recherché. C'est ainsi que Laband et les autres auteurs allemands, Artur en droit français ont exprimé cette idée que le juge proclame le droit dans le seul but de lui assurer protection et réparation ; « il dit le droit pour le faire respecter » (9) ; l'administrateur, au contraire, s'il tranche des questions de droit, le fait dans la mesure où cette tâche est nécessaire pour assurer la marche des services publics, pour sauvegarder l'intérêt de l'Etat. Cette théorie conduit d'ailleurs à reconnaître aussi une différence de nature dans les opérations intellectuelles accomplies, les unes n'étant que des manifestations de l'intelligence, les autres traduisant une volonté autonome, dégagée de la nécessité du « droit pour le droit ».

Mais malgré son apparente rigueur, ce système a été facilement ébranlé : la jurisprudence des divers tribunaux, spécialement des tribunaux administratifs, ne révèle-t-elle pas une volonté créatrice dirigée vers un but défini, autre que la réalisation pure et simple de la loi, précisément alors que celle-ci est muette ? D'un autre côté, la prétendue volonté autonome de l'administrateur ne disparaît-elle pas totalement lorsque sa compétence est liée par une législation très précise, comme la législation des pensions par exemple ?

Proche de cette attitude est celle adoptée par M. Ladreit

(9) Artur, R.D.P. 1900, p. 232, « La séparation des pouvoirs et la séparation des fonctions ».

de Lacharrière dans sa thèse sur le « Contrôle hiérarchique de l'Administration dans la forme juridictionnelle » (10). Juger consiste à dire les limites légales qui s'imposent à l'activité des particuliers et de l'Administration ; administrer c'est agir, nous dit l'auteur, et l'action doit comporter un cadre, la légalité, et de plus, un effort d'adaptation au réel, l'appréciation de l'opportunité ; l'autorité de la chose jugée ne s'appliquerait donc qu'aux décisions juridictionnelles qui « précisent dans un cas concret les limites de l'action » et sont « comme les lois concrètes » des situations envisagées.

Mais c'est revenir à la distinction des opérations d'intelligence et des opérations de volonté, que nous avons déjà critiquée ; nous remarquerons, d'autre part, une fois encore, que tout acte administratif ne comporte pas nécessairement une appréciation d'opportunité ; où serait alors l'élément constitutif d'une différence ?

C'est dans l'existence d'une *contestation* que M. Bonnard (11) songe à le placer : « La fonction juridictionnelle est cette fonction de l'Etat qui consiste à supprimer définitivement les situations contentieuses qui ont pu surgir au cours des faits de formation, d'attribution et d'exécution du droit. »

Mais on ne peut pas faire de l'existence d'une prétention contestée la caractéristique de l'acte juridictionnel : certaines contestations sont, en effet, tranchées sans qu'un acte de cette nature intervienne : tel est le cas du recours hiérarchique. D'autre part, certaines décisions auxquelles ne peut être dénié le caractère juridictionnel sont prises sans qu'une contestation apparaisse : il s'agit des recours

(10) Ladreit de Lacharrière. Thèse, Paris 1937.

(11) Bonnard, « Précis de droit public », 3^e édition 1940, p. 69.

en appréciation de validité, des décisions, de la justice répressive, au sujet desquelles l'inculpé ne conteste pas l'existence de la règle de droit, ou des arrêts de la Cour des Comptes statuant sur les comptes en dehors de tout litige (12). Le critère proposé se révèle tantôt trop large, tantôt trop étroit ; il ne saurait être retenu.

Force nous est donc de constater que les divers efforts tentés pour établir une différence nette dans la nature intrinsèque des actes de l'administrateur et du juge n'ont pas abouti à des résultats satisfaisants.

§ 2. — *Les théories qui voient dans l'ÉLÉMENT FORMEL le principe de la distinction*

Elles se groupent autour de deux chefs, certains auteurs s'attachant à la *structure et aux conditions de fonctionnement* des deux organes, d'autres au *degré de puissance* propre aux deux types d'actes envisagés.

A. — Parmi les premiers, *Hauriou* (13) affirme l'identité matérielle de l'acte administratif et de l'acte juridictionnel, qui ne se séparent que par l'*organe* dont ils émanent : l'acte juridictionnel est l'acte accompli par le juge public, qui présenterait des caractères propres quant à son organisation et quant à ses conditions de fonctionnement.

Mais, dès l'abord, cette définition de l'acte juridictionnel

(12) Il en était de même des arrêts par lesquels les conseils de préfecture statuaient en premier ressort sur les comptes des communes dont le revenu ordinaire ne dépassait pas 250.000 francs.

(13) *Hauriou*, « Précis de droit constitutionnel », 2^e édition, p. 381. « Il n'y a point d'autre différence entre la décision exécutive et la décision juridictionnelle que celle qui résulte des circonstances et des procédures, »

par celle du juge public apparaît imprécise et fragile : pour satisfaire aux conditions d'organisation requises, l'autorité qui prétend à la qualité de juge public devra-t-elle bénéficier de l'inamovibilité ? sera-ce l'inamovibilité de fait ou celle de droit ? Les tribunaux administratifs ne seraient alors pas juges. A cette première série de critiques, M. Waline, dans son article précité de la *Revue du Droit Public*, en joint une autre concernant les règles de fonctionnement qui caractériseraient les tribunaux : l'existence d'une procédure particulière, notamment, ne saurait être retenue, car il existe aussi en matière disciplinaire, ou dans la phase administrative de l'expropriation, des procédures établies, sans que les organes soient qualifiés juridictionnels.

A ce même critère semble s'être arrêté M. Carré de Malberg avec encore plus d'énergie qu'Hauriou, puisque dans le tome I^{er} de sa « Contribution à la théorie générale de l'Etat » (14), il conclut qu'« il n'y a pas de différence matérielle absolue et constante entre l'administration et la juridiction » ; les deux fonctions ne se distingueraient donc que par la forme et non par la matière. Le critérium de l'acte du juge, dit notre auteur, « c'est d'une part, son origine en tant qu'il est l'œuvre d'une autorité organisée spécialement pour l'exercice de la juridiction, et d'autre part, sa procédure en tant qu'il a été accompli selon les règles propres à la fonction qui consiste à juger » (15), et c'est en raison de cette forme que l'acte aurait l'autorité supérieure de la chose jugée.

B. — Il ne nous reste plus qu'à envisager le second

(14) Op. cit. p. 764.

(15) Op. cit. p. 788.

groupe d'auteurs qui voient dans l'*autorité de la chose jugée*, présentée comme une conséquence, par tous les systèmes étudiés jusqu'ici, soit de la nature, soit des garanties particulières de l'acte de juridiction, le critère de la distinction. Ce n'est évidemment pas le système auquel l'esprit s'arrête dès l'abord, il y parvient plutôt après élimination des autres théories qui se révèlent trop fragiles ; c'est bien le sentiment qu'éprouve M. Waline dans son article de la *Revue de Droit Public* de 1933, lorsqu'il écrit : « Nous en arrivons donc inéluctablement à l'autorité de la chose jugée, tous autres critères successivement éliminés » (16). Et l'auteur souligne que ce critère lui paraît être au premier chef un élément formel de la décision du juge « dont le contenu serait exactement le même si elle n'avait pas force de vérité légale ». C'est un point sur lequel nous reviendrons dans quelques instants ; mais il montre la divergence de vues existant entre M. Waline et M. Jèze en ce qui touche la nature du critère étudié : M. Jèze adopte également le même principe de la discrimination, mais il veut y voir, semble-t-il, *un élément matériel* de l'acte accompli (17) puisqu'il veut éliminer des traits essentiels recherchés tous les éléments formels. D'ailleurs, ainsi que le fait remarquer M. Carré de Malberg, M. Jèze aboutit à un critère purement formel, en dépit de l'affirmation que nous venons de voir, puisqu'il écrit ailleurs : « Il dépend du législateur de conférer ou non à une constatation la force de vérité légale et par suite le caractère d'acte juridictionnel » (18).

(16) Op. cit. p. 571.

(17) Jèze, « Principes généraux du droit administratif », Tome I, p. 48.

(18) Jèze, R.D.P. 1913, p. 437, note, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel, »

Signalons enfin que *M. Carré de Malberg*, lui-même, déclare dans le 2^e tome de sa « Contribution à la théorie générale de l'Etat » (19), que la séparation des pouvoirs dans le droit public français est fondée sur un critère formel, à savoir, la puissance propre à chaque pouvoir ; il y a « séparation dans les degrés de puissance des diverses autorités ».

§ 3. — *Que conclure ?*

De l'examen des divers systèmes, il nous semble apparaître qu'aucune différence absolue de nature entre l'acte du juge et celui de l'administrateur^{ne} puisse être établie avec une généralité suffisante. Au point de vue strictement matériel, il n'y a pas identité constante, mais il y a certainement de fréquentes interférences en ce qui concerne tant la nature intrinsèque des deux actes, que leur but ou leur objet. Mais, de ce fait qu'il n'y a pas de différence matérielle absolue entre l'acte administratif et l'acte juridictionnel, on ne saurait conclure que les deux fonctions correspondantes ont une nature identique, les mêmes instruments peuvent être employés à la satisfaction d'objets tout différents.

D'ailleurs, l'on ne peut contester l'existence d'un organe de l'Etat ayant pour rôle propre de trancher les questions qui lui sont soumises avec une autorité particulière, autre que celle de la loi ou celle de l'acte administratif. *M. Carré de Malberg* a bien mis en lumière la nécessité de l'unité de l'Etat, et son corollaire, la hiérarchie des pouvoirs (20). Si la suprématie dans un régime d'« Etat de droit » appartient à la loi, si l'administrateur déduit de la règle établie

(19) Op. cit., T. 2, p. 113.

(20) Op. cit., T. 2, p. 55 et s.

la conduite à tenir et si le juge fonde sa décision sur la même règle, ces deux autorités ne se confondent pas cependant, parce que la puissance de leur décision n'est pas identique.

Est-ce à dire, comme semble le penser M. Waline (21), que le caractère formel qui vient distinguer des autres l'acte juridictionnel, lui reste extérieur et n'influe pas sur sa nature ; que « le contenu de la décision juridictionnelle serait exactement le même si elle n'avait pas force de vérité légale » ? Non pas, nous semble-t-il. Nous avons constaté qu'il n'y a pas, entre les deux fonctions qui nous occupent spécialement, identité absolue de nature, mais que les actes faits par le juge sont, par leur objet, par leur but, ou par l'opération intellectuelle qu'ils exigent, semblables à *certain*s des actes de l'administrateur. S'il y a un domaine commun le juge n'en a pas la jouissance totale ; il ne saurait conférer le caractère juridictionnel à un acte administratif *quelconque* par le seul fait qu'il aurait respecté les formes de la juridiction. *Le degré de puissance propre à l'acte juridictionnel influe donc sur la compétence du juge* : puisque le propre de cet organe de l'Etat est de prendre des décisions qui auront l'autorité spéciale de la chose jugée, *sa compétence devra se limiter aux matières susceptibles de bénéficier d'une telle autorité* ; le caractère formel agit donc sur la nature de l'acte du juge en délimitant sa compétence. En ce sens, l'on peut dire que juger c'est trancher des questions de droit. Ce n'est pas un critère, parce que l'administrateur doit parfois statuer aussi sur des questions de droit, nous l'avons vu, et que le juge décide quelquefois sur le fait, quand il fixe le mon-

(21) Waline, R.D.P. 1933, p. 571, note.

tant d'une indemnité, par exemple, mais l'adoption du critère de l'autorité de la chose jugée permet de circonscrire ce domaine commun à l'administrateur et au juge dans la tâche d'exécution de la loi : administrateur et juge font parfois matériellement la même opération, consistant à résoudre une question de droit. Mais dans d'autres cas, l'administrateur prend des décisions dictées par l'opportunité pure, et là le juge ne peut le suivre à cause de la puissance propre à la décision qu'il va prendre. Ainsi, bien que l'autorité administrative et l'autorité juridictionnelle ne se distinguent pas nettement du point de vue matériel, elles ne sauraient s'identifier : décidant sur les points qui lui sont soumis avec la force propre de la chose jugée, le juge ne peut statuer qu'en s'appuyant sur le droit, alors que l'administrateur, s'il lui arrive de résoudre des points de droit, peut en outre s'attacher à des considérations d'opportunité parce qu'il sera toujours à temps pour réformer sa décision. C'est donc parce que ses décisions jouissent de l'autorité de la chose jugée que le domaine d'action du juge n'est pas complètement analogue à celui de l'administration, et qu'il s'entoure de garanties particulières de procédure et d'organisation, sans que ces garanties puissent constituer, à elles seules, un élément caractéristique absolu (22).

(22) En outre, il ne faut pas oublier que le caractère général de l'intervention du juge est de ne pas pouvoir se saisir d'office. N'y a-t-il pas intérêt cependant à ce que toute question susceptible de recevoir une solution stable en droit soit décelée et résolue par un organe compétent ? Ce pouvoir n'a pas été accordé aux juges et nous voyons dans ce fait la confirmation de notre conception relative à la distinction des deux fonctions : c'est encore dans la force de la chose jugée que nous plaçons la raison pour laquelle le juge, à la différence de l'administra-

Nous aboutirons donc à un résultat opposé aux conclusions présentées par de nombreux auteurs, selon lesquels l'autorité de la chose jugée ne serait qu'un attribut complémentaire des décisions juridictionnelles, issu de caractères de fond ou de forme qui seraient déterminants ; nous plaçons, au contraire, dans le degré de puissance des actes, le principe générateur des autres différences.

II. — L'ADMINISTRATEUR ET LE JUGE DANS LES DIVERS SYSTÈMES JURIDIQUES

Abandonnant le point de vue théorique, il nous semble maintenant nécessaire de préciser la place occupée par la conception française de l'organisation des rapports du juge et de l'administrateur au milieu des attitudes diverses qui peuvent être adoptées. Les relations entre ces deux pouvoirs seront envisagées maintenant d'un point de vue tout autre que celui auquel nous nous sommes placés jusqu'ici ; il s'agira beaucoup plus de pratique juridique, et nous pénétrerons par là dans l'atmosphère propre à toute notre étude.

Le problème qui se pose est le suivant : sachant que les deux autorités sont distinctes, le juge pourra-t-il connaître des actes de l'Administration ? Deux attitudes ont pu être adoptées, l'une négative, l'autre reconnaissant le droit

teur, ne peut intervenir « *proprio motu* » ; en effet, puisqu'une telle autorité s'attache à ses décisions, il ne peut y faire intervenir de considérations d'opportunité ; or, décider du moment où son intervention pourrait être utile ou nécessaire serait, de la part du juge, se livrer à une appréciation de cette sorte ; l'administrateur, au contraire, sur la même question juridique, au moyen d'un acte dont l'essence peut être analogue, intervient d'office parce qu'il entre dans sa compétence d'examiner l'opportunité de son action.

de contrôle du juge, mais dans le choix de l'une ou de l'autre position les préoccupations politiques ont eu, il faut le reconnaître, une influence au moins égale à celle des conceptions juridiques abstraites. Au reste, peut-être ne faut-il pas trop le regretter, car la perfection des édifices théoriques ne saurait être un brevet de valeur pratique.

§ 1. — *Les systèmes qui assurent une immunité*
— au moins partielle — à l'Administration

Nous n'en retiendrons, pour exemple, que le système anglais, dans lequel certaines matières, même quant au fond, sont soustraites à la compétence du juge (23) : en effet, le principe de l'immunité que résume la maxime « The King can do no wrong », s'oppose à ce que la Couronne — ou certains fonctionnaires de la Couronne (24) — puissent être poursuivis en vertu d'une prétendue obligation délictuelle ; c'est là un véritable privilège d'irresponsabilité.

Cette immunité de l'Etat se révèle encore sous un autre aspect, mais plus théorique que pratique : l'exigence d'une autorisation préalable accordée par la Couronne et valant consentement par elle d'être citée devant les Cours de Justice, en ce qui concerne ses obligations contractuelles. C'est le système de la « *pétition des droits* » (*Petition of right*) (25). Le privilège d'immunité serait donc laissé à

(23) Bonnard, « Le contrôle juridictionnel de l'Administration », p. 128, et s.

(24) Cette exonération de responsabilité s'applique particulièrement aux fonctionnaires qui entrent en contact direct avec les particuliers. Cf Sibert, « La situation juridique des fonctionnaires anglais », R.D.P. 1911, p. 228.

(25) Comte de Franqueville, « Le Système judiciaire de la Grande-Bretagne », Tome I, p. 56 et s.

la libre disposition de l'Etat qui pourrait s'en prévaloir. Mais il faut signaler qu'en fait l'autorisation est presque toujours accordée, ce qui diminue les risques auxquels semblent être exposés les droits des citoyens et le respect de la règle de droit.

§ 2. — *Les systèmes qui admettent un contrôle juridictionnel de l'autorité administrative*

Ces systèmes, qui sont les plus répandus, peuvent être groupés autour de *deux conceptions* en ce qui concerne la mise en œuvre de la décision prise par le juge à l'encontre de l'Administration.

A. — Tantôt celle-ci voit son rôle s'effacer au profit du juge ; lorsqu'une question de droit en matière administrative est portée devant lui, le juge reçoit de ce chef compétence pour *dire le droit* et plus encore, pour *l'appliquer*. Dès lors, le juge pourra, au même titre qu'une autorité hiérarchiquement supérieure, donner des ordres à l'Administration, réformer ses actes, ou décider à sa place. Ce type d'organisation est le produit de deux conceptions politiques voisines, mais différentes.

1° Dans une première conception le juge du contentieux administratif n'est autre qu'un des *éléments de l'Administration elle-même* ; celle-ci est son propre juge, le problème du respect des décisions juridictionnelles ne se pose pas puisqu'il s'agit de l'organisation interne d'une même fonction. Notre droit public fournit des exemples d'un tel système. C'est ainsi que, dans l'Ancien Droit, l'intendant possédait des attributions contentieuses en matière administrative, particulièrement le contentieux fiscal. Mais, plus encore, dans la conception stricte de la séparation des pouvoirs qui fut adoptée jusqu'à la loi du

24 mai 1872, les autorités chargées du contentieux administratif, après n'avoir été que des organes de l'administration active, *les directoires* qui disparurent en l'An III, et les Ministres, ne disposèrent, après l'apparition du Conseil d'Etat, que d'une justice retenue, la plénitude de la fonction étant réservée au chef du pouvoir exécutif, ainsi que nous le verrons plus loin. On pourrait dire qu'il y a « contrôle hiérarchique en la forme juridictionnelle » : contrôle hiérarchique, en effet, parce que c'est le pouvoir exécutif, lui-même, qui reçoit la mission d'examiner les difficultés en matière administrative ; mais en la forme juridictionnelle parce que le législateur, en instituant la justice retenue, accorde à ses décisions la force de la chose jugée ; d'autre part, elle ne peut se saisir elle-même des litiges. Il apparaît donc qu'à notre point de vue, ce système était imparfait puisque les conséquences de l'adoption de la forme juridictionnelle sur la nature du contrôle exercé n'étaient pas dégagées. Il y avait compromis, mais pas de solution du problème ; c'est bien ce que traduit alors l'attitude du Conseil d'Etat qui statuait en juge, puis agissait parfois en administrateur actif, pouvoirs qui disparaîtront après 1872 : l'arrêt *Dame Clément*, du 12 mai 1869 (26), porte en effet, que « la Dame Clément *est autorisée* à réparer le mur latéral dégradé de sa maison... », décision par laquelle le Conseil n'hésite pas à agir aux lieu et place du préfet.

2° Les rapports du juge et de l'Administrateur sont parfois organisés d'après un principe différent, si le résultat pratique est le même : le juge va pouvoir donner des ordres formels à l'Administration, non pas parce qu'il est tenu

(26) R., p. 456.

lui-même pour l'un des éléments de la hiérarchie exécutive, mais parce qu'il n'est pas permis à celle-ci d'invoquer son indépendance pour se soustraire aux ordres. Le pouvoir judiciaire est ici pleinement autonome, distinct de l'exécutif, puisqu'aussi bien les pays qui ont adopté ce système ne possèdent pas de tribunaux administratifs spécialisés ; mais il dispose de *pouvoirs très larges* pour contraindre l'Administration en s'adressant spécialement à ses agents. Les divers fonctionnaires reçoivent directement les ordres des juges et s'exposent à des poursuites personnelles s'ils ne les exécutent pas, procédé qui semble, certes, très efficace ; nous aurons à voir comment on a proposé de l'appliquer partiellement en droit français, et dans quelle mesure cette adaptation serait possible. C'est le système judiciaire anglais qui nous en fournit le plus complet exemple (27). Les Cours de Justice disposent de deux catégories de moyens très énergiques pour obtenir le respect des décisions qu'elles ont pu prendre contre l'Administration, dans les matières où le privilège d'immunité que nous avons examiné, n'intervient pas. D'une part, elles peuvent recourir, contre les corps administratifs aussi bien que contre les fonctionnaires, même nommément désignés, aux « remèdes extraordinaires » (28), les célèbres « writs » : ordres d'agir — « writ of mandamus », — de s'abstenir — « writ of prohibition », — de réformer ou d'annuler un acte, — « writ of certiorari » ; M. Bonnard cite encore le « quo warranto », ordre de supprimer une usurpation, et le « writ of habeas corpus », ordre de réviser une arrestation illégale ; il voit d'ailleurs

(27) Comte de Franqueville op. cit. T. I, p. 64 et s.

(28) Bonnard, « Le contrôle juridictionnel de l'Administration », p. 128.

dans ces remèdes extraordinaires la « juridictionnalisation » formelle, organique d'un contrôle hiérarchique. Mais d'autre part, ces pouvoirs étendus des Cours de Justice sont, dans une large mesure, le produit d'une nécessité historique, le désir d'imposer aux agents du Roi le respect de la loi. D'ailleurs, comme il ne saurait y avoir d'injonction véritable sans sanction, aux dires mêmes de M. Hauriou (29), les Cours de Justice peuvent condamner les fonctionnaires à raison de la méconnaissance d'un « writ » ; et ceci même dans le cas où la décision de justice serait méconnue par une assemblée : les membres ayant constitué la majorité seront recherchés et poursuivis. Cette responsabilité personnelle des fonctionnaires est d'ailleurs entendue beaucoup plus largement qu'en droit français : M. Sibert (30) note que la simple négligence ou même l'excès de prudence peuvent la faire naître (31). Ce

(29) Note Hauriou sous l'arrêt Daraux, S. 1909.3.130.

(30) Sibert, R.D.P. 1911, p. 226. « Principes généraux sur la situation juridique des fonctionnaires anglais ».

(31) Il nous semble nécessaire, toutefois, de signaler les observations faites par les auteurs sur la transformation subie par l'organisation des rapports entre l'Administration et le pouvoir judiciaire anglais au cours de ces dernières années. L'ancien système est partiellement abandonné. V. à ce sujet: Caudel, « Le développement des juridictions administratives en Angleterre », *Revue des Sciences Politiques*, octobre 1928, p. 522. — Develle, « Décadence du pouvoir judiciaire et suprématie de l'Administration en Angleterre », *Revue politique et parlementaire*, Août 1933, p. 306. Ces auteurs signalent l'apparition dans le droit positif anglais, de tribunaux administratifs qui procèdent du système de l'administrateur-juge tantôt soumis au contrôle des Cours de Justice, tantôt statuant en dernier ressort ; cet affaiblissement des Cours de Justice est la conséquence de l'évolution économique et sociale qui a fait éprouver la nécessité d'une juridiction spécialisée, en introduisant, d'autre part, les notions

système curieux justifie la remarque de M. Develle :
« L'Angleterre patrie de la séparation des pouvoirs, l'a toujours ignorée au point de vue administratif. »

Nous signalerons encore les procédés de contrainte très énergiques adoptés par *le droit roumain*. Le contentieux administratif est remis, comme en Angleterre, aux tribunaux judiciaires ordinaires qui disposent de pouvoirs très considérables étudiés par M. Tari, notamment (32) : la responsabilité personnelle des fonctionnaires a été considérablement développée ; mais, en outre, une loi du 23 décembre 1925 a donné aux Cours d'appel, compétentes en matière administrative, la possibilité de prononcer des astreintes contre l'Administration, dont le paiement est garanti par une procédure d'exécution forcée, la saisie-arrêt des revenus ou la compensation.

Ces divers systèmes s'écartent donc beaucoup du principe de la séparation des pouvoirs. Nous y revenons, au contraire, avec le droit public français.

B. — Un second type d'organisation réserve, en effet, à l'Administration toute sa compétence : la décision du juge ne fait qu'édicter *l'obligation* qui lui incombe, *sans pouvoir en aucune façon la contraindre*, directement ou par substitution, à l'exécution qui lui est entièrement confiée. C'est en ce sens qu'il y a séparation des pouvoirs, chacun recevant la plénitude de ses attributions dans le respect de l'indépendance de l'autre : toutes les difficultés contentieuses, même administratives, sont

d'efficacité sociale, d'intérêt général à côté de la défense des droits individuels seuls envisagés jusqu'alors. Le droit positif anglais rejoint donc partiellement le système adopté en France de 1790 à 1872.

(32) Tari, thèse Paris 1933.

portées devant le juge, mais l'Administration ne reçoit de lui aucune sorte d'injonction. *Le droit positif belge*, dans lequel la connaissance du contentieux administratif est remise aux tribunaux judiciaires nous en fournit un exemple. Mais c'est également le principe adopté par *le droit positif français* avec ses tribunaux administratifs : il va désormais constituer le cadre général de notre étude, mais il nous a paru nécessaire de préciser la place qu'il occupe au milieu des divers systèmes possibles. Nous sommes désormais placés devant un droit positif, le nôtre, qui présente *deux principes contradictoires*, tous deux issus de la règle générale de séparation des pouvoirs : d'une part, l'indépendance de l'Administration est affirmée ; d'autre part, l'existence d'un contentieux administratif est admise et la connaissance en est confiée à de véritables juges. Comment ceux-ci pourront-ils, dans ces conditions, faire respecter, dans tous les cas, leurs décisions ? Tel est le problème que nous nous proposons d'étudier, et qui, pour étroit qu'il paraisse au premier abord, prend racine dans la règle essentielle de notre droit public.

Nous aurons à examiner quatre questions :

- Quel est le *fondement juridique* du système français ?
Ce sera l'objet de notre *première partie*.
- Comment l'Administration méconnaît-elle la chose jugée ? Nous examinerons ses procédés dans la *deuxième partie*.
- Quels sont les *moyens mis en œuvre par la jurisprudence administrative* pour prévenir ou réprimer les abus, dans le cadre de ce système ? Notre *troisième partie* y sera consacrée.

→ Quels sont les *moyens que propose la doctrine* pour remédier à l'insubordination de l'Administration ?
Ce qui sera le sujet de notre *quatrième partie*.

Après quoi il ne nous restera qu'à conclure sur ce problème né du heurt de deux principes, eux-mêmes corollaires d'une règle générale.

PREMIERE PARTIE

L'ANTAGONISME DES DEUX PRINCIPES

Il existe, en effet, *deux principes* de droit public qui sont susceptibles de se heurter, de s'opposer l'un à l'autre bien qu'issus d'un même règle générale, celle de la séparation des pouvoirs, consacrée depuis les constitutions révolutionnaires. Trois pouvoirs sont reconnus : le législatif, le judiciaire, l'administratif, qui sont tous l'expression de la puissance étatique dans la réalisation de ses diverses fonctions. Dès lors, ils ne sauraient être privés, chacun en ce qui le concerne, de la plénitude de leurs attributions ; ce qui impliquerait, si la règle était strictement appliquée, spécialement dans notre domaine, que toute question susceptible d'être tranchée par la voie juridictionnelle, c'est-à-dire avec l'autorité de la chose jugée, devrait entrer dans la compétence d'un juge, mais d'autre part que toute mesure concernant directement la marche des services publics ne saurait être prise que par un administrateur (1). Ce sont ces deux produits d'une même

(1) Ces deux corollaires ne sont pas en effet dégagés dans toute leur rigueur, puisque certaines décisions, précisément réservées à l'administration, comme en matière disciplinaire,

règle qui sont susceptibles de s'opposer l'un à l'autre, puisque le juge réclame le droit d'énoncer des obligations pour rendre efficaces ses décisions et que l'administrateur peut se prévaloir des nécessités spéciales auxquelles il doit répondre et de l'indépendance de sa fonction pour ne pas déférer aux ordres du juge.

seraient aptes, en théorie, à recevoir l'autorité de la chose jugée. D'ailleurs, c'est, en droit positif, le législateur qui confère cette force, comme l'indiquait M. Jèze dans son article précité de la R.D.P. de 1913, p. 437, en note.

CHAPITRE I

Le principe de l'indépendance de l'administration Son origine constitutionnelle

Nous examinerons en premier lieu cet aspect de la question parce que ce fut historiquement l'une des causes déterminantes de la structure de notre droit public. Depuis l'avènement des lois révolutionnaires, les deux fonctions qui nous intéressent spécialement, celle du juge et celle de l'administrateur, sont nettement *séparées*, mais l'évolution historique nous révèle que cette séparation, considérée encore acuellement comme un principe capital est entendue d'une façon toute différente de ce qu'elle était à l'origine. Deux idées peuvent résumer cette lente transformation : parti d'une *conception étroite* de la séparation des pouvoirs dans laquelle l'accent était mis sur une défense attentive de l'autonomie administrative, notre droit aboutit à une *notion étendue et souple* de la même règle qui traduit une moins grande méfiance à l'égard du juge.

SECTION I

LA CONCEPTION PREMIÈRE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS
 EN CE QUI CONCERNE LE POUVOIR ADMINISTRATIF
 ET LE POUVOIR JUDICIAIRE

Elle est contenue tout entière dans les célèbres textes : *la loi des 16-24 août 1790, Titre II, article 13* décide : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs » ; de même *la loi du 16 Fructidor, an VI*, porte « que les juges ne peuvent entreprendre sur les fonctions administratives, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient ».

Ces textes, quoique très courts, expriment, dit-on, la règle de séparation des pouvoirs. Mais leur sens peut être entendu de diverses façons parce qu'ils comportent, eux-mêmes, deux notions de nature différente. Ils affirment en effet, d'une part, que les juges ne pourront *troubler* les opérations de l'administration : c'est *l'aspect négatif* de la règle de séparation des pouvoirs, comme le signale M. J. Laferrière (1). Mais, d'autre part, ils interdisent aux tribunaux « d'une façon générale, de statuer sur le contentieux administratif », interdiction à laquelle *la loi des 7-11 Septembre 1790* donnera un aspect positif en remettant à l'administration active elle-même la connaissance

(1) Julien Laferrière, *Mélanges Négulesco* 1935, p. 429, « Les raisons de la proclamation de la séparation des autorités administrative et judiciaire par l'Assemblée Constituante, »

du contentieux administratif, en l'espèce les directoires locaux ; de même la *loi des 7-14 Octobre 1790* déclare que « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs seront portées devant le Roi, chef de l'Administration générale ». Enfin la *loi des 27 avril-25 mai 1791* est à l'origine de la théorie du Ministre-juge parce qu'elle institue un Conseil d'Etat composé du Roi et des ministres dont les attributions comprenaient « la discussion des motifs qui peuvent nécessiter l'annulation des actes irréguliers des corps administratifs » (articles 15 et 17).

Il est donc plus exact de dire qu'en ce domaine, il n'y a pas de véritable juge, puisqu'aucun organe distinct présentant les garanties formelles nécessaires pour prendre des décisions ayant l'autorité de la chose jugée n'était institué et que toutes les juridictions administratives de l'Ancien Régime avaient été supprimées. Il existait donc des *recours* en matière administrative, mais pas de véritable contrôle juridictionnel.

Est-ce là une conséquence nécessaire de la séparation des pouvoirs ? Avec *M. Waline* (2) nous répondrons qu'il n'en est rien : l'évolution du droit public français nous le montrera, ainsi que le système belge qui respecte l'indépendance de l'administration active mais n'a pas hésité à confier aux tribunaux judiciaires la connaissance du contentieux administratif, bien qu'il soit directement issu du droit français.

C'est donc dans l'atmosphère particulière où fut élaborée la conception française qu'il faut chercher les raisons des caractères tout particuliers qu'elle présente, raisons doctrinales et raisons de fait.

La doctrine de la séparation des pouvoirs était toute

(2) Waline, Manuel de droit administratif, 2^e édition, p. 37 et suivantes,

récente et la forme que lui donnait Montesquieu eut, nous semble-t-il, une influence déterminante sur les décisions de l'Assemblée Constituante, peut-être même au mépris du sens que l'auteur entendait donner à la théorie qu'il formulait. Elle se préoccupait d'établir une organisation assurant aux trois pouvoirs la plénitude de leurs fonctions dans le domaine qui leur était attribué. Et s'agissant de déterminer le domaine du pouvoir judiciaire, il semble que l'Assemblée se soit arrêtée à la définition donnée par Montesquieu : « Le pouvoir judiciaire est la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit civil », définition qui supprimait toute difficulté quant à l'affirmation ou la négation d'un contrôle du juge sur l'Administration (3). C'est donc à cette notion rigide, étroite même, que s'arrêtèrent les Constituants, malgré les protestations de certains de leurs collègues, tels Duport, Chabroud, Durand de Maillane (4), qui soulignaient la nécessité de comprendre dans la fonction juridictionnelle la connaissance du contentieux administratif et demandaient qu'elle soit confiée aux tribunaux judiciaires.

Mais les préoccupations théoriques ne furent pas seules déterminantes. Il faut faire une très grande part aux *raisons de fait*, essentiellement l'héritage du passé et les buts politiques. L'héritage du passé, c'est la tradition de l'Ancien Régime qui avait formé les esprits dans cette conception que le pouvoir judiciaire ne connaissait que des litiges privés, alors que les difficultés en matière administratives étaient soumises, toujours en plus grand nombre, aux intendants, agents directs du pouvoir royal dont la

(3) V. le rapport de Thouret devant l'Assemblée. Archives parlementaires VIII, p. 330.

(4) Laferrière, Mélanges Négulesco, p. 434.

compétence s'étendait considérablement, alors que celle des anciennes juridictions administratives demeurait stationnaire, et dans lesquels il était difficile de voir de véritables juges, malgré la possibilité de faire appel devant le Conseil du Roi. C'est pourquoi, nous semble-t-il, l'Assemblée Constituante, si elle mit très fortement l'accent sur le premier corollaire du principe de séparation, à savoir que les juges ne peuvent faire d'acte administratif, ni juger l'Administration, ne s'arrêta point au corollaire réciproque d'après lequel les administrateurs actifs ne sauraient accomplir d'actes juridictionnels. Si le principe fut ainsi amputé de l'une de ses conséquences, il faut en chercher aussi la cause dans les raisons politiques, la volonté de réagir, cette fois, contre le souvenir du régime antérieur ; le principe de la séparation de l'administration et de la justice fut adopté non pas seulement pour l'intérêt théorique qu'il présentait, mais parce qu'il permettait, interprété dans le sens que nous savons, de dresser devant l'Administration un rempart protecteur contre les entreprises redoutées du pouvoir judiciaire. Cet heureux effet ayant été mis en lumière, les conséquences de la règle ne furent pas développées plus avant, parce que le résultat recherché avant tout autre était atteint. Les Constituants gardaient, en effet, le souvenir de la vive opposition menée par les Parlements contre l'Administration royale, génératrice d'incessants et pénibles conflits. Et surtout, ainsi que le souligne M. Laferrière, ils craignaient de voir renaître, contre le régime nouveau, cette opposition : le corps judiciaire ne peut s'improviser, c'est un corps technique qui sera donc constitué en très grande partie de magistrats ayant siégé sous l'Ancien Régime ; ne serait-ce pas introduire « un germe de mort » dans la nouvelle organi-

sation que de confier à ces hommes le pouvoir de contrôler les décisions des administrateurs, de les annuler même ? Ce sentiment d'hostilité, de défiance à l'égard des juges, cette crainte d'une opposition systématique dominaient l'esprit de l'Assemblée, ce qui se conçoit dans une telle atmosphère de bouleversements politiques ; et ces motifs eurent une influence très certainement déterminante sur l'application des principes adoptés, pour les orienter vers ce seul but : la protection du pouvoir exécutif, dans un moment où, certes, toute son indépendance lui était indispensable.

C'est ainsi que toute l'évolution s'appuie sur cette base selon laquelle statuer sur le contentieux administratif, c'est encore administrer : on adoptera une notion différente, plus précise du contentieux administratif, en partie sous l'influence de raisons doctrinales, mais aussi par le fait d'une transformation de l'atmosphère politique.

SECTION II

LA PÉRIODE DE LA JUSTICE RETENUE

Elle s'ouvre en l'an VIII pour se terminer, après une courte interruption, de 1849 à 1852, en 1872, date à laquelle commence la phase actuelle du développement d'une véritable justice administrative. L'exclusion est toujours maintenue aussi sévère pour le juge judiciaire qui ne saurait connaître des actes de l'Administration. Celle-ci demeure juge et partie dans les litiges qui la concernent, les recours sont encore portés devant le Chef de l'Etat. Et cependant de nouveaux textes apparaissent concernant l'organisation intérieure de l'Administration, mais qui portent en eux le germe d'une profonde transformation. C'est d'abord *l'article 52 de la Constitution de l'An VIII* qui institue le

Conseil d'Etat ; puis, avec la *loi du 28 Pluviose an VIII* apparaît le Conseil de Préfecture. La transformation se poursuivra avec la création au sein du Conseil d'Etat, par le décret du 11 juin 1806, d'une « *Commission du Contentieux* », spécialisée dans l'instruction des affaires contentieuses, qui soumettait à l'Assemblée générale ses projets de décisions : enfin le *décret du 22 juillet 1806* règle la procédure à forme juridictionnelle suivie par cette Commission du Contentieux.

Quelles sont les raisons d'une telle réforme, quel en est le sens ? Une véritable juridiction chargée du Contentieux administratif est-elle créée ? La transformation, dans l'esprit des rédacteurs des textes nouveaux, n'était pas aussi fondamentale : il s'agit d'une réorganisation opérée au sein de l'Administration, afin de réaliser ce que l'on peut appeler, avec M. Bonnard, une « *spécialisation fonctionnelle* » entre les fonctions *exercées par un même pouvoir*. C'est en même temps le résultat de la faveur nouvelle dont jouissait le système — peut-être retrouvé de l'ancien régime — des corps consultatifs, la décision restant au chef du pouvoir exécutif, le Premier Consul. C'est bien dans ce cadre, en effet, que s'intègrent les deux nouveaux corps créés : à côté d'une « *administration active* » dont la qualification exprime bien le but et les formes, qui accordera des pouvoirs larges à des individus énergiques, isolés mais responsables, une « *administration consultative* » présentera les garanties d'une compétence étendue, de décisions débattues et mûries au sein d'un corps, dont le chef de l'Etat pourra tirer le plus grand profit ; spécialement, puisqu'il décide sur les litiges qui s'élèvent à l'occasion du fonctionnement des services publics, il est du plus grand intérêt que quelques hommes compétents réu-

nissent les éléments techniques indispensables à la solution de ces problèmes et les lui soumettent, la décision lui étant naturellement réservée : c'est bien le sens qu'il faut donner, nous semble-t-il, au texte qui crée en l'An VIII le Conseil d'Etat en lui confiant ce que nous appellerons « *l'administration consultative en matière contentieuse* » (5) rôle qui l'écarte de la véritable qualité de tribunal administratif. Nous pourrions désigner cette période sous le nom de « période transitoire » ; le système adopté traduit bien, dans ses caractères généraux qui doivent seuls nous retenir ici, cet aspect mixte, nécessairement temporaire. « Administrer est le fait d'un seul homme, juger est le fait de plusieurs », disait Rœderer, et l'organisation devant laquelle nous nous trouvons, laisse voir le problème juridique non résolu qui la domine, puisqu'elle n'a pas séparé l'exercice de ces deux fonctions, qu'elle s'est efforcée, au contraire, de les unir ; c'était tenter l'union des inconciliables, erreur qui montre, semble-t-il, que la conception moderne de la séparation des pouvoirs n'était pas encore dégagée. Le système adopté porte en lui-même une

(5) Il faut signaler que deux avis du Conseil d'Etat, dès le 25 Thermidor an XII et le 29 octobre 1811, (cf. l'arrêt du 5 mars 1814, qui s'y réfère. R., p. 515), ainsi qu'une décision contentieuse du 6 décembre 1813 (R. p. 489), ont reconnu aux Conseils de Préfecture le caractère de tribunaux jouissant du pouvoir de décision en premier ressort. Mais l'économie du système ne s'en trouve pas modifiée, parce que la compétence des Conseils de Préfecture était assez limitée, et surtout parce que leurs décisions étaient susceptibles d'être déférées au Conseil d'Etat par la voie de l'appel ; c'est la nature juridique de l'autorité supérieure qui donne son caractère dominant à l'ensemble de l'organisation.

Enfin le Préfet pouvait toujours présider le Conseil de Préfecture ; il s'en abstenait, il est vrai, en matière contentieuse.

éclatante contradiction : paraphrasant la formule de Rœderer nous arriverons à ces deux constatations qu'en l'An VIII, en ce qui concerne le contentieux administratif, « juger était en partie le fait de plusieurs », mais il était également, et en définitive, « le fait d'un seul », ce que la doctrine exprime par la qualification de « *justice retenue* », l'autorité qui statuait étant le chef de l'administration active. L'influence de la conception étroite de l'indépendance de l'Administration restait dominante.

Si toutefois le système que nous examinons ne peut être considéré du point de vue strictement théorique, comme la manifestation d'un progrès dans la mise en œuvre du principe de séparation des pouvoirs, si nous n'y trouvons qu'un effort de cette spécialisation fonctionnelle qui ne serait qu'une forme de la division du travail au sein d'un même organe, il comportait, en fait, et dès son origine, les éléments de l'évolution future qui commence dès le lendemain de la mise en œuvre de la Constitution de l'An VIII. Les raisons de fait furent déterminantes pour engendrer la transformation quant au fond. La contradiction du système, qui se résolvait au point de vue théorique par la négation de l'existence d'un véritable juge en matière administrative (6), s'effaçait également du point de vue pratique, mais d'une tout autre manière ; d'une part, la décision du Chef de l'Etat ne faisait, dans la plupart des affaires contentieuses, que reproduire l'avis du Conseil ; si la décision n'émanait pas de lui en droit, elle lui appartenait en fait, circonstances favorables à faire naître le sentiment que le Conseil d'Etat constituait un véritable organe

(6) A l'exception de l'existence des Conseils de Préfecture, dont nous avons précisé la portée en ce qui concerne la nature juridique du système.

juridictionnel prenant lui-même des décisions ayant l'autorité de la chose jugée. Ce sentiment ne peut qu'être renforcé d'autre part, puisque des textes successifs, dont nous avons déjà parlé, concernant tant l'organisation du Conseil que la procédure en matière contentieuse, vinrent lui conférer un grand nombre des caractères formels de toute juridiction. Ce n'est pas ici le lieu de suivre dans ses détails cette évolution ; il nous suffit d'en dégager la ligne générale, en signalant qu'elle ne se fit malheureusement pas sans difficulté puisque le terme ayant été prématurément atteint, l'effort dut être repris sur les mêmes bases : par la loi du 3 mars 1849, la section du Contentieux reçut un véritable pouvoir de décision, qui consacrait son caractère d'autorité juridictionnelle. Mais le décret du 25 janvier 1852 rétablit le système antérieur à 1849 (7). Ce n'est qu'en 1872 que le système hybride de la justice retenue prendra fin. Mais nous retiendrons de la période que nous venons d'examiner la force avec laquelle se maintient l'indépendance de l'Administration.

SECTION 3

LA CONCEPTION ÉVOLUÉE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE

La période que nous allons envisager maintenant, dans laquelle notre droit public se trouve encore, fait apparaître une notion du principe de séparation dont nous avons dit qu'elle était « évoluée » ; en effet, la solution juridique du problème que posent les rapports des deux pouvoirs est plus étudiée, plus précise et ne s'arrête plus au stade

(7) D'autre part, une loi du 21 Juin 1865 maintenait le Préfet à la présidence du Conseil de Préfecture.

élémentaire que nous avons examiné. L'indépendance de l'Administration est maintenue, mais ce n'est plus au prix du sacrifice de tout véritable contrôle juridictionnel. C'est ce système nouveau dont nous allons étudier d'abord les formes principales, puis les caractères juridiques essentiels.

§ 1. — *L'apparition de la justice déléguée
en matière administrative*

Le passage de la justice retenue à la justice déléguée ne fut réalisé que par deux transformations successives. Mais le pivot en est la *loi du 24 mai 1872*, dont l'article 9 déclare : « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives » (8), affirmant par là que le juge suprême en matière administrative est une Cour souveraine ; cette autorité n'a donc plus le rôle consultatif que l'organisation antérieure lui accordait, elle jouit d'un pouvoir autonome de décision. C'est en ce sens que la justice administrative n'est plus « retenue » ; le pouvoir exécutif ne peut en aucune manière intervenir, la décision lui est enlevée ; on peut donc admettre que le pouvoir de statuer sur le contentieux administratif est « délégué » non pas par l'Administration active auquel il n'appartient pas, mais par l'autorité supérieure qui opère la répartition des compétences. Nous avons signalé que cette transformation capitale en droit ne présentait en fait que la consécration d'une situation acquise, mais il n'en reste pas moins que notre édifice juridique atteignait un

(8) Cette disposition est reprise par la loi du 18 Décembre 1940 sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil d'Etat dans son article 28 - J. O. du 22 Décembre 1940, p. 6.217.

plan supérieur de perfectionnement puisqu'il résolvait enfin ce problème, insoluble croyait-on, de donner un juge véritable au contentieux administratif sans lui subordonner l'Administration. Et ce n'est qu'en 1872 que la réforme apportée à la structure du Conseil d'Etat lui conféra tous les caractères formels d'un véritable tribunal, outre le pouvoir propre de décision, réforme essentielle au point de vue matériel et formel, dont nous venons de parler ; l'art. 10 de la loi du 24 mai 1872, ainsi que l'article 5 de la loi du 13 juillet 1879 excluent le Ministre de la Justice de la présidence du Conseil d'Etat statuant au Contentieux ; l'article 24 de la loi de 1872 interdit aux Conseillers d'Etat en service extraordinaire de prendre part aux affaires contentieuses, à raison de leur caractère d'administrateurs (9) ; même les conseillers en service ordinaire sont exclus s'ils ont, dans une section administrative, délibéré sur la décision attaquée par la voie contentieuse (art. 20). Nous sommes donc bien en présence d'un véritable *tribunal* et nous croyons avoir suffisamment exprimé les raisons tant théoriques que pratiques qui impliquent la nécessité d'un véritable juge en la matière : l'existence de litiges nés à l'occasion du fonctionnement des services publics, d'une part ; d'autre part, le principe de la séparation des pouvoirs qui, s'il exclut ces litiges de la fonction juridictionnelle quand on l'envisage du point de vue de l'Administration, les lui restitue nécessairement si l'on se place

(9) Ces exclusions sont maintenues : par la loi du 18 Décembre 1940, art. 2, loc. cit., pour le Garde des Sceaux ; par l'art. 3, qui dispose que les Ministres et Secrétaires d'Etat n'ont pas voix délibérative en matière contentieuse ; enfin par l'ar. 24 du décret du 7 Janvier 1941 portant règlement intérieur du Conseil d'Etat, pour les Conseillers en service extraordinaire. J. O. , 9 Janvier 1941, p. 120.

au point de vue du pouvoir judiciaire ; enfin les principes généraux dont notre droit public s'inspire tout entier, bien que certains ne figurent pas expressément dans nos constitutions, comme la garantie des droits des citoyens. Mais ayant admis la nécessité d'un véritable tribunal en matière administrative, parce que l'indépendance du pouvoir exécutif ne saurait en être affectée, pourquoi notre droit ne s'est-il pas adressé à l'un des organes de la hiérarchie judiciaire ordinaire ou à plusieurs d'entre eux ? Les deux grandes juridictions administratives, le Conseil d'Etat et le Conseil de Préfecture se présentent, au contraire, comme un système distinct, homogène et indépendant tout au moins dans sa dernière forme (10). Bien que n'affectant pas l'unité et la plénitude de la fonction juridictionnelle, ni le caractère de juge du Conseil d'Etat, contrairement à l'opinion qu'exprimait *M. Jacquelin* (11), deux groupes de juridictions

(10) Ce ne fut, en effet, que par le décret du 6 Septembre 1926 que les préfets furent exclus de la présidence des Conseils de Préfecture qui purent alors revendiquer, à juste titre, la qualité de tribunaux.

(11) Cf. *Jacquelin*. « Les principes dominants du contentieux administratif », 1899. D'après l'auteur, l'existence d'une juridiction administrative serait une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs bien loin d'en être un perfectionnement : la dualité des organes serait une preuve de la dualité des fonctions, l'Administration serait totalement soustraite à tout contrôle juridictionnel, le pouvoir judiciaire n'aurait pas la « plénitude de ses attributions », p. 27-32 ; p. 168. Il n'y aurait donc aucun progrès juridique depuis cette spécialisation réalisée au sein de l'Administration par la Constitution de l'An VIII. C'est une thèse que nous ne pouvons admettre puisque la juridiction administrative présente tous les caractères d'un juge même au point de vue de la théorie juridique que nous présentions dans notre introduction : c'est une autorité autonome qui prend de son propre mouvement des décisions ayant la force de la chose jugée en s'accompagnant des formes aptes à la réalisation de tels actes.

coexistent. Nous examinerons dans quelques instants les arguments qui justifient cette séparation des contentieux.

Mais nous signalerons auparavant que notre système juridique n'a présenté cet aspect aussi clair qu'après l'élimination d'une théorie que l'on peut qualifier d'erronée, *la théorie du Ministre-Juge*, qui fut maintenue, contre toute attente, après la loi du 24 mai 1872 ; le Conseil d'Etat continuait à voir dans le ministre le juge de droit commun en premier ressort, et ne se considérait que comme juge d'appel, détour curieux par lequel la justice n'était « déléguée » qu'après avoir été « retenue » en premier ressort. Mais le célèbre arrêt *Cadot* du 13 décembre 1889 (2), suivant l'opinion émise déjà par la doctrine et particulièrement Laferrière, renversa ce dernier obstacle en affirmant que le juge de droit commun en matière administrative était le Conseil d'Etat (13).

§ 2. — *Les raisons actuelles qui justifient l'existence d'une juridiction administrative spéciale*

S'il faut un juge contrôlant l'Administration, pourquoi. disions-nous, ne pas s'adresser aux tribunaux ordinaires

(12) P. 1148.

(13) Nous noterons, cependant, une survivance du système de la justice retenue, qui n'affecte d'ailleurs pas la rigueur des principes énoncés à raison même de sa spécialité : les décisions du tribunal des prises maritimes sont susceptibles d'appel au Conseil d'Etat : la décision émane, dans ce cas, du Chef de l'Etat en Conseil d'Etat. D'autre part, certains textes ont maintenu la règle que le Ministre est juge, sous réserve d'appel au Conseil d'Etat, dans quelques litiges de nature particulière dont les contestations en matière d'élections au Conseil Supérieur de l'Instruction Publique, au Conseil Supérieur du Travail, au Conseil Supérieur de la France d'Outre-Mer, ou l'annulation des concours d'agrégation pour vice de forme. Mais ce ne sont là que des curiosités juridiques.

qui semblent tout désignés pour remplir cette fonction ? Des législations étrangères ont adopté cette conclusion, nous avons parlé du droit roumain, du droit belge.

La réponse première à cette question, et qui semble être la seule justification d'une telle organisation, invoque le respect de l'indépendance de l'Administration, et peut-être encore l'hostilité historique à l'encontre des tribunaux judiciaires. Nous ne nous arrêterons pas à ce dernier point, toute hostilité a disparu, et même toute méfiance puisque l'Administration rencontre devant le juge judiciaire, sur les points où il est compétent, beaucoup plus de timidité que devant le Conseil d'Etat ! Est-ce donc le sentiment que déférer les actes administratifs aux juges ordinaires aboutirait à renverser le principe de la séparation des pouvoirs ? Certes, nous touchons bien l'une des raisons de la distinction des contentieux : la grande habileté du système français est d'avoir su concilier le contrôle juridictionnel de l'Administration avec les satisfactions qu'exige le maintien de son indépendance, règle qui domine toute cette étude, à laquelle nous nous heurtons à chaque pas. Mais on ne saurait tirer de cette observation des conclusions aussi extrêmes que celles de *M. Jacquelin* (14) et déclarer que si les juges ordinaires ne connaissent pas des litiges administratifs, c'est qu'il n'y a pas de juge en matière administrative. Nous y avons répondu que l'organe jugeant importait peu, pourvu que ce fût un juge. Et si l'auteur souligne à l'appui de sa thèse les quelques traces de pénétration de l'administration active dans l'organisation des tribunaux administratifs, comme le fait du cumul d'attributions administratives et d'attributions juridiction-

(14) *Op. cit.*, p. 206.

nelles par le Conseil d'Etat, ou la circulation de ses membres entre les sections administratives et la section du contentieux, nous pourrions faire observer que celle-ci constitue un ensemble distinct, un corps séparé pourrait-on dire, puisque la loi de 1872 en a écarté les représentants de l'administration active (15). Au reste, que cette scission ne soit pas assez poussée, qu'il faille souhaiter de voir l'inamovibilité de droit des Conseillers substituée à leur inamovibilité de fait, ce sont des vœux que nous formons bien volontiers. Mais il n'en reste pas moins que la spécialité de la juridiction administrative nous apparaît comme une nécessité, pour d'autres raisons déterminantes que nous trouvons dans *l'objet* auquel s'applique dans notre hypothèse, la fonction juridictionnelle, et dans *la nature particulière des règles de droit* servant à résoudre les problèmes.

Le contentieux administratif pose des problèmes d'une nature toute particulière, du seul fait que la Puissance publique y est toujours mise en cause à raison de ses actes. Le juge devra donc présenter une *technicité* très développée pour se mouvoir sans difficulté au milieu de cette vie administrative. Ici, il lui sera nécessaire de pouvoir pénétrer l'esprit de l'Administration, — la recherche du détournement de pouvoir nous en fournit une preuve.

Mais en outre, *les règles de droit*, sur lesquelles le juge fonde sa décision, ont acquis une *spécificité totale* ; un *droit administratif* est né, que caractérisent d'une part son origine puisqu'il est avant tout l'œuvre du juge, d'autre part son contenu puisque le législateur lui-même y introduit des règles particulières. Ce n'est pas le lieu de déve-

(15) La loi du 18 Décembre 1940 maintient, nous l'avons vu, cette exclusion.

lopper la justification de la dualité des juridictions, admise par la plupart des auteurs (16). L'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'Etat (17) est d'ailleurs, par elle-même, un motif suffisant pour maintenir cette « spécialisation fonctionnelle » au sein du pouvoir juridictionnel (18).

§ 3. — *L'indépendance de l'Administration dans l'état actuel de notre droit public*

A. — *Les garanties de cette indépendance.*

L'évolution historique que nous venons d'examiner eut pour résultat d'éliminer la conception première de la séparation des pouvoirs qui soustrayait le contentieux

(16) Entre autres M. Bonnard dans son « Précis de droit public » et M. Waline dans son « Manuel de droit administratif », 2^e édition.

(17) Cette œuvre du Conseil d'Etat s'est manifestée par l'élaboration des grandes théories qui constituent l'armature du droit administratif : théorie de la responsabilité de l'administration, théorie de l'imprévision, statut des fonctionnaires. Elle s'est d'autre part attachée à développer le contrôle de l'activité administrative, au moyen surtout de l'arme très puissante du recours pour excès de pouvoir : Cf. à ce sujet le remarquable ouvrage de M. Alibert sur « Le contrôle juridictionnel de l'Administration », ainsi que la thèse de M. Welter relative au « Contrôle juridictionnel de la moralité administrative », Nancy, 1929.

(18) Nous objectera-t-on que le contentieux administratif n'est pas tout entier confié à des juges spéciaux, que les tribunaux judiciaires sont parfois compétents ? Mais c'est à raison de la nature particulière de ces litiges qui font intervenir uniquement ou partiellement les règles du droit privé : telles sont les difficultés survenant dans la gestion du domaine privé, ou dans le fonctionnement d'un service public industriel et commercial ; de même l'autorité judiciaire est considérée comme la gardienne traditionnelle des libertés publiques, de la propriété et de l'état des personnes. Mais ces quelques exceptions fondées sur des raisons particulières ne sauraient être utilisées comme arguments contre la dualité des juridictions.

administratif à la connaissance des juges ; elle lui a substitué une *notion plus souple*, plus nuancée, qui défend àprement, cependant, l'autonomie des autorités exécutives ; les limites posées à l'action des juges sont déplacées, mais elles n'en restent pas moins très efficaces.

La première a pu être trouvée dans l'existence d'une juridiction administrative séparée ; mais nous n'y voyons tout au plus qu'une satisfaction en quelque manière « morale », susceptible de disparaître si l'évolution se poursuit dans la direction qu'elle a suivie jusqu'ici, dans la mesure où cette conception laisserait entendre une subordination plus ou moins marquée du juge à l'administrateur. Une telle affirmation, nous l'avons déjà souligné, se trouverait d'ailleurs totalement démentie par les faits.

La seconde limite par laquelle le pouvoir judiciaire voit limiter son action à l'encontre de l'Administration est au contraire décisive : si le corps chargé du contentieux administratif jouit de la qualité de juge, il en connaît en même temps *les obligations*, et les actes que les textes révolutionnaires non abrogés interdisent formellement au juge judiciaire ne sauraient être accomplis par le juge administratif : n'étant plus un corps exécutif, il ne peut plus agir comme tel, il ne peut en aucun cas donner d'ordres puisqu'il n'a plus de subordonnés hiérarchiques, il ne peut agir à la place des agents d'exécution puisque sa fonction est d'essence différente ; ainsi s'étend le champ d'application des lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III, qui constituent la base juridique de notre système ; une interprétation différente de la séparation des pouvoirs, une conception nouvelle de la fonction de juger qui ne comporte pas seulement la solution des problèmes posés par l'application des « lois civiles », nous ont conduit à recon-

naître l'existence d'une hiérarchie juridictionnelle nouvelle chargée du contrôle de l'Administration, mais soumise aux mêmes obligations, à son égard, que tout autre juge ; nous découvrons là une nouvelle manifestation du fait que la dualité des organismes juridictionnels n'atteint, en aucune façon, l'unité du pouvoir judiciaire puisque les pouvoirs de tout juge subissent en face de l'Administration les mêmes restrictions.

Ainsi, au terme de cette évolution, nous retrouvons le principe que, dès l'origine, notre droit défendait àprement, celui de *l'indépendance du pouvoir administratif*. Il a reculé devant les exigences du droit, mais ce repli n'est, peut-on dire, que « stratégique », puisque sa défense s'est organisée sur d'autres bases : le Conseil d'Etat s'étant dépouillé de son caractère de corps administratif a perdu les pouvoirs qu'il détenait comme tel ; nous ne rencontrons plus dans ses dispositifs de décisions analogues à celles contenues dans l'arrêt de 1869, Dame Clément, déjà étudié. Cependant, l'état actuel de l'évolution, qui n'est pas achevée, lui réserve *une situation mixte* : bien que juge véritable, le Conseil, au bénéfice de l'incertitude juridique que lui vaut sa position, semble avoir conservé dans la pratique *quelques attributions du supérieur hiérarchique*, dont il n'hésite pas à se servir pour vaincre certaines résistances, ou quand il escompte un consentement tacite de l'administration : manifestations exceptionnelles dans la jurisprudence, mais dont nous rencontrerons quelques exemples ; il n'hésite pas à se rapprocher de l'Administration dans les hypothèses où ce mouvement lui paraît nécessaire pour faire triompher telle nouvelle règle qu'il entend imposer.

B. — *Le fondement pratique de l'indépendance de l'Administration.*

Le fondement théorique de l'autonomie administrative réside dans la séparation des pouvoirs ; c'est un point que nous avons assez longuement examiné, sur lequel nous ne reviendrons pas.

Mais nous constatons que les régimes juridiques qui n'admettent pas cette règle de base, ou qui rejettent certaines de ses conséquences, séparent cependant le pouvoir exécutif du pouvoir judiciaire lorsque celui-ci est admis à contrôler le premier. Le droit anglais lui-même, abandonnant son principe d'une compétence très étendue des Cours de Justice, pénètre dans une phase nouvelle avec l'adoption de plus en plus large du système du Ministre-Juge ; réaction très vive contre l'organisation ancienne. Sans doute ne sommes-nous plus sur le terrain du droit pur ; les circonstances déterminantes se trouvent *dans les faits eux-mêmes*, l'évolution économique et sociale, les circonstances politiques intérieures, extérieures aussi. La situation présente de notre pays nous permet de juger l'influence considérable des faits sur les institutions, qui ne peuvent se maintenir qu'en se mettant en harmonie avec eux.

Les difficultés traversées par les divers systèmes juridiques au cours de ces dernières années ont placé la Puissance Publique devant la nécessité absolue *d'agir*, souvent très vite, atmosphère dont les règles de droit ont parfois souffert. Et cette urgence devenant dominante exigea très souvent le sacrifice de tout l'édifice juridique établi, ou l'abandon de principes qui, au point de vue théorique, pouvaient être considérés comme la réalisation d'un progrès,

si les conséquences pratiques ne s'en étaient révélées défectueuses : l'exemple du droit anglais nous le prouve (19). Comme le signalent M. Jèze et Mlle Fayolle (20), le principe de l'indépendance de l'Administration est un *principe politique*, celui de l'autorité des décisions de justice est une nécessité pour l'ordre juridique ; mais une organisation de droit ne peut, au risque de s'écrouler, méconnaître les nécessités du premier type : c'est à ce réalisme que nous devons la longévité de notre système qui, né au lendemain d'une période de crise très grave, a pu traverser avec vaillance de multiples difficultés et se maintient encore intact après le choc terrible qui vient de secouer tout notre édifice politique et juridique : sans préjudice du sort fait au principe de la séparation des trois pouvoirs, la loi du 18 décembre 1940 (21) sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil d'Etat ne porte aucune atteinte au mécanisme établi. Il suffit, nous semble-t-il, de signaler le fait pour déceler la valeur du système : un contrôle juridictionnel existe, s'est développé dans des proportions considérables, mais il laisse à l'Administration une indépendance suffisante pour pouvoir subsister dans les périodes mêmes qui réclament une totale liberté d'action.

Cette incursion dans le domaine des faits, nous écarte quelque peu du domaine des principes juridiques, mais présente l'intérêt de replacer cette étude dans le cadre des

(19) Develle, op. cit. *Revue politique et parlementaire*. Août 1933, p. 306. Caudel, op. cit. *Revue des Sciences politiques*, octobre-décembre 1928, p. 522.

(20) M^{lle} Fayolle, « La force exécutoire des décisions de justice à l'encontre des Administrations publiques », thèse Nancy, 1926. Jèze, R. D. P., 1913, p. 447, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel ».

(21) J. O. du 22 Décembre 1940, p. 6215.

nécessités de la vie des institutions, nécessités où peuvent se trouver en partie les éléments d'une « défense de l'indépendance de l'Administration ». Abandonnant ce terrain pour regagner celui du droit, nous allons examiner maintenant l'autre donnée du problème. Dans la conception originale de la séparation des pouvoirs, deux éléments étaient en présence, la fonction de juger et celle d'administrer : au nom de l'indépendance administrative, une solution négative était adoptée, celle de la séparation totale qui excluait toute autre question. La transformation de notre droit public a permis d'admettre la compatibilité de cette indépendance avec le contrôle d'un juge : une seconde règle se dresse donc devant nous, celle de la *force de la chose jugée*, dont il nous faut dégager les traits essentiels.

CHAPITRE II

Le principe de l'autorité de la chose jugée

SECTION I

LE SENS DE CETTE RÈGLE

Il est double, puisqu'il implique d'une part la nécessité de mettre en œuvre, au plus vite, la décision prise par le juge, — c'est le point qui nous occupe directement — d'autre part, l'immutabilité de la solution définitive donnée au problème de droit ; les décisions juridictionnelles sont dotées d'une *double force* qui leur donne une double assise, l'une dans l'espace, l'autre dans le temps. Des quatre attributs des jugements que distingue Mlle Fayolle (1), nous n'en retiendrons que deux qui les contiennent tous : *la force de vérité légale* et *la force obligatoire*.

§ 1. — *La force de vérité légale*

Elle signifie que la chose jugée ne peut être remise en question, que la solution donnée est tenue pour définitive et ne saurait être reconsidérée dans l'avenir par aucun tribunal, ni celui qui a statué, ni les tribunaux inférieurs, ni les tribunaux supérieurs. C'est une conséquence fort importante, mais qui ne met pas en jeu l'indépendance de

(1) M^{lle} Fayolle, thèse Nancy, 1926, p. 2 et suiv.

l'Administration puisque c'est au juge saisi par elle ou par un particulier d'une question déjà tranchée de se déclarer incompétent. Signalons d'ailleurs qu'en matière administrative cette règle dispose d'une force très étendue puisque dans les arrêts rendus sur recours pour excès de pouvoir, les décisions d'annulation font disparaître l'acte « *erga omnes* » (2).

Le Conseil d'Etat respecte très fidèlement ce premier aspect de la règle, puisque ce serait méconnaître son caractère de juge que de ne pas y déférer ; de nombreux arrêts portent les motifs suivants : « Considérant que, par décision en date du... le Conseil d'Etat a déjà tranché ce point de droit ; qu'il y a dès lors chose jugée et que les conclusions susvisées ne sont pas recevables... » et rejettent les requêtes (3). De même une décision d'un autre tribunal reprenant une question déjà tranchée au fond serait entachée de nullité ; c'est l'hypothèse du célèbre arrêt *Botta*, du 8 juillet 1904, à l'issue d'un conflit entre le Conseil d'Etat et la Cour des Comptes.

§ 2. — *La force obligatoire*

Elle implique la nécessité de mettre toutes les situations juridiques en conformité avec la décision prise par le juge. C'est l'*aspect actif* et immédiat de la chose jugée

(2) Au contraire, les décisions de rejet n'ont qu'une force de vérité légale *relative*, qui est celle dont bénéficient les arrêts rendus sur recours de plein contentieux, ainsi que les décisions des tribunaux judiciaires — encore que certains auteurs, dont M. Guillien, dans sa remarquable thèse (Bordeaux, 1931), se soient déclarés les partisans résolus d'une généralisation de l'autorité absolue de la chose jugée, p. 277 et s.

(3) Cf. 13 Janvier 1926, *Dubosq* ; 15 Janvier 1930, *Groffe R.*, p. 59 ; 27 Février 1930, *Trémège R.*, p. 225 ; 8 Novembre 1932, *La Fay R.*, p. 920.

qui s'adresse tant aux particuliers qu'à l'Administration, pour leur imposer des devoirs. Mais cette force obligatoire des décisions de justice présente à l'égard de l'Administration deux caractères particuliers que nous pouvons, dès maintenant, signaler :

A. — D'une part, quand il s'agit d'une décision d'annulation intervenant sur un recours pour excès de pouvoir, la force de vérité légale inhérente est particulièrement étendue puisqu'elle se manifeste *erga omnes*. Il en résulte que la force obligatoire s'étend sur un domaine très vaste, faisant un devoir à l'Administration de faire disparaître aux yeux de tous les conséquences de l'acte annulé. L'étude que nous ferons ultérieurement de la jurisprudence du Conseil d'Etat nous montrera d'une façon très nette les aspects concrets de cette obligation.

B. — Mais d'autre part, cette force obligatoire présente, quand elle s'adresse à l'Administration une grave lacune : elle ne s'accompagne plus de la sanction efficace qu'est la force exécutoire pour contraindre les particuliers à déférer aux arrêts de justice : dans ce dernier cas, une organisation spéciale, avec ses agents, les officiers ministériels, les huissiers, avec des pouvoirs propres de contrainte, permet de réaliser une exécution forcée. Lorsqu'un arrêt du tribunal administratif porte, soit condamnation de l'Administration, soit annulation d'un de ses actes, le recours à ce mécanisme est impossible, parce que la contrainte, attribut de la Puissance Publique, ne saurait être utilisé par l'un des organes de l'Etat contre un autre. Cette disharmonie est soulignée dans la formule exécutoire adjointe aux arrêts du Conseil d'Etat telle qu'elle est énoncée dans l'article 64 de la loi du 18 décembre 1940 (4), qui distingue l'exécution

(4) J. O., 22 Décembre 1940, p. 6219.

de la décision contre les particuliers et l'exécution par l'Administration : « Le Maréchal de France, Chef de l'Etat Français, mande et ordonne aux ministres et secrétaires d'Etat, en ce qui les concerne, et à tous huissiers à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision. » Il apparaît donc que l'exécution en matière administrative, est remise aux administrateurs, et que seule subsiste la force obligatoire : c'est une nouvelle manifestation au sein de l'autorité de la chose jugée, de l'indépendance de l'Administration.

SECTION 2

LE FONDEMENT DE LA RÈGLE

Il est tout d'abord dans la raison d'être de toute juridiction puisque cette autorité particulière caractérise l'acte juridictionnel. C'est la fonction même du juge que de faire des constatations ayant force de vérité légale, c'est par là qu'il remplit une fonction étatique distincte des autres, point sur lequel nous avons insisté dans notre Introduction.

L'intérêt que présente l'autorité de la chose jugée au point de vue de la stabilité sociale, de la sécurité des rapports entre les individus et même entre les individus et l'Etat, est souligné par tous les auteurs. Il est de première importance que la solution des litiges s'accompagne d'une stabilité que rien ne saurait renverser ; mais en outre, ces constatations ne valent que par l'application qui en est faite et par suite leur force obligatoire est une nécessité tout aussi grande : que vaudrait pour l'ordonnancement juridique la règle de droit qui serait énoncée par un tribunal compétent, mais à laquelle personne ne conformerait son

action ? Ce serait un effort vain ; aussi faut-il rendre hommage à la tâche considérable accomplie par le Conseil d'Etat pour assurer à ses arrêts une force obligatoire doublée dans les faits d'une force exécutoire, tâche laborieuse puisque tout moyen de contrainte fait défaut dans un cas où la nature de l'autorité dont on exige le respect lui permet d'invoquer une indépendance presque totale et d'en abuser.

Le respect des décisions du juge présente d'ailleurs, à raison du caractère propre au droit public, une importance plus grande encore, peut-être, en matière administrative qu'en droit privé. C'est une question « vitale » pour le Conseil d'Etat que de parvenir à imposer ses vues à l'Administration, puisque le droit administratif est essentiellement jurisprudentiel : quelle serait la valeur de théories telles que la responsabilité de la Puissance Publique, l'imprévision, etc., si le Conseil n'était parvenu à contraindre en fait le pouvoir exécutif à s'y soumettre, par les divers procédés que nous examinerons ? Nous sommes en présence d'une œuvre puissante, persévérante, ininterrompue, à laquelle nous devons le cadre juridique si complet auquel l'action administrative doit désormais se conformer.

Si nous présentions à la fin du chapitre précédent, une manière de défense de l'autonomie de l'Administration pour des raisons politiques, nous concluons, ici, par la nécessité absolue de défendre la chose jugée, d'assurer sa mise en œuvre, peut-être plus étroitement encore dans notre matière que partout ailleurs, puisque tolérer qu'on la méconnaisse serait tuer le droit administratif.

CHAPITRE III

La conciliation des principes et ses conséquences en ce qui concerne les pouvoirs du juge administratif envers l'administration

L'intérêt de notre tâche réside, en partie, dans ce fait qu'elle nous montre *la vie* de deux grandes règles de notre droit ; c'est un problème en apparence modeste, une simple question de procédure, semble-t-il, que de déterminer les pouvoirs dont le juge dispose en face de l'administrateur. Et nous penchant avec plus d'attention sur les rapports de l'un et de l'autre, nous avons découvert qu'ils constituaient le point de contact, de friction même, entre deux parties maîtresses de notre édifice juridique. Nous nous sommes attachés jusqu'ici à l'examen du problème sous son aspect large. Mais nous tournant maintenant vers le point qui attirait à l'origine notre attention, c'est sur le terrain, peut-être plus vivant, de la pratique juridique que nous nous placerons pour éprouver, avec le juge, les conséquences directes des grandes règles.

L'accent mis par le droit public français sur l'indépendance de l'Administration, son désir cependant de la soumettre au contrôle d'un véritable juge se traduisent par une disharmonie entre la force obligatoire des arrêts et les garanties d'exécution de ces arrêts ; l'on peut dire qu'en un

certain sens les décisions des tribunaux administratifs ont l'autorité de la chose jugée, mais qu'en un autre sens, elles ne l'ont pas, qu'elles l'ont en droit mais pas en fait.

Cette étude ne s'attache qu'au problème tel qu'il se pose sous son aspect le plus fréquent ; nous y recherchons les pouvoirs dont dispose le juge administratif et plus spécialement le Conseil d'Etat, à l'encontre de l'Administration, et ceci pour deux raisons ; d'une part, les tribunaux judiciaires ne disposent pas contre elle, en règle générale, de pouvoirs plus étendus que ceux du juge administratif et d'ailleurs, comme le signale Mlle Fayolle dans sa thèse (1), la méconnaissance des décisions des tribunaux judiciaires constitue un acte susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat dont l'action est par suite déterminante en la matière ; d'autre part, les mêmes tribunaux judiciaires disposent parfois de pouvoirs exceptionnels d'injonction ou de substitution : c'est ainsi qu'en matière de voie de fait résultant d'une occupation de la propriété privée sans observation des formalités préalables requises, ils peuvent donner l'ordre à l'Administration d'évacuer les terrains occupés ; qu'en matière de contestations relatives aux listes électorales, le juge de paix peut ordonner l'inscription ou la radiation d'un électeur et que la décision vaut même substitution en cas d'inaction ; qu'enfin le tribunal civil peut donner l'ordre de libérer tout individu placé dans un établissement d'aliénés. Mais ces pouvoirs spéciaux attribués au juge par le législateur dans certains cas déterminés se justifient par la nature particulière des litiges qu'ils concernent : liberté de la propriété, droit politique, liberté individuelle ; l'on ne saurait, selon-nous, en tirer argument comme le fait M. Jèze (2), pour reconnaître dans tous les cas le droit pour le

(1) Op. cit., p. 22.

(2) R. D. P., 1913, op. cit., p. 463, note 3.

juge de donner des ordres à l'Administration ou de se substituer à elle.

La conciliation des deux principes ne peut être trouvée, dans le système français, que dans une amputation des pouvoirs du juge qui ne pourra recourir à la contrainte à l'encontre de l'Administration. C'est une amputation en la forme, d'ailleurs, parce que de tels moyens d'action n'entreraient pas dans la compétence juridictionnelle, puisqu'ils absorberaient l'appréciation de l'opportunité, alors que le critère de l'autorité de la chose jugée l'en exclut. Si des tribunaux recouvrent à l'égard des particuliers l'usage de ces moyens d'action, c'est que n'existe pas cette notion d'*opportunité* qui se manifeste dans la marche des services publics. La nature de l'acte juridictionnel déterminée en partie, nous l'avons vu, par son degré de puissance, crée pour le juge une obligation négative quand il statue sur les actes administratifs. Libre de préciser le devoir juridique de la Puissance Publique, il ne peut user, à son égard, d'un certain nombre de moyens énergiques : tel est l'aspect que prend pour lui le principe de la séparation des pouvoirs.

SECTION I

LES PROCÉDÉS DE CONTRAINTE DIRECTE INTERDITS AU JUGE ADMINISTRATIF

Le juge ne peut user d'aucune des mesures positives pouvant constituer un acte d'exécution de ses arrêts, soit parce qu'elles porteraient atteinte à l'indépendance de l'Administration, soit parce qu'elles constitueraient un dépassement de compétence de sa part.

§ 1. — *L'injonction*

Entendue au sens d'énoncé d'un devoir juridique, elle

entre pleinement dans le rôle du juge administratif, ainsi que nous l'avons vu. Mais il ne se livrerait à de véritables *injonctions*, *stricto sensu*, que s'il accompagnait d'une sanction directe l'ordre donné, comme le signalait M. Hauriou (3). En outre, les arrêts revêtiraient alors une forme différente, ils ne comporteraient pas seulement l'énoncé d'un devoir mais participeraient à la nature de la fonction administrative, en précisant les mesures d'exécution à prendre ; par suite le juge serait conduit à prendre en considération non seulement les règles de droit, mais aussi l'opportunité, puisque, tel un supérieur hiérarchique, il serait amené à donner des ordres administratifs.

C'est pourquoi la doctrine tout entière écarte la possibilité de reconnaître aux tribunaux administratifs le droit d'injonction. M. Jèze lui-même, qui s'élève avec tant de force contre l'indépendance de l'Administration qu'il qualifie de « superstition » (4) et déclare « contraire à la notion moderne du service public » (5), reconnaît que celle-ci ne peut recevoir d'ordre positif du juge. Cependant M. Kellersohn s'est efforcé de démontrer dans son ouvrage sur les « Effets de l'annulation pour excès de pouvoir » (6) que les arrêts qui annulent des refus d'agir, « n'annulent rien », mais au contraire donnent l'ordre à l'Administration de faire l'acte auquel elle s'est refusée de procéder : l'injonction ferait partie intégrante de l'acte juridictionnel (7) comme conséquence inséparable de la décision, le Conseil d'Etat doit pouvoir y recourir en toute liberté. Il y a là,

(3) Note sous l'arrêt Daraux, S. 1909-3-130.

(4) Principes généraux du droit administratif, tome I, p. 305, note I.

(5) R. D. P., 1913, p. 447.

(6) Kellersohn, thèse Bordeaux, 1915.

(7) Op. cit., p. 181.

selon nous, une confusion concernant la nature juridique de l'injonction ; ainsi que nous l'affirmons tout au long de cette étude, il nous semble pleinement logique que le juge administratif puisse dégager les conséquences de droit de ses décisions, conséquences qui constituent ce devoir juridique positif de l'Administration, dont nous parlions ; si M. Kellersohn a voulu y voir une injonction — et c'est bien, semble-t-il, son opinion puisqu'il déclare qu'elle ne signifie ni évocation, ni substitution, ni jugement du fait ou de l'opportunité — la qualification est impropre parce que le véritable pouvoir d'injonction supposerait une volonté personnelle du juge administratif soumettant à ses ordres directs les administrateurs, comme le ferait un supérieur hiérarchique (8). Les mêmes remarques valent d'ailleurs contre l'ouvrage de M. Allier (9) : nous reconnaissons que le juge administratif doit pouvoir préciser étroitement le devoir de l'Administration, au besoin par des ordres, mais sous réserve de la nécessité absolue de respecter l'essence de la fonction administrative : aussi, l'injonction nous semble-t-elle incompatible avec ces règles dans la mesure où elle enlèverait à la puissance exécutive sa liberté d'appréciation de l'opportunité, plus indispensable encore dans les périodes de crise.

La jurisprudence n'a d'ailleurs jamais varié sur ce point, elle nie toujours la possibilité pour le Conseil d'Etat d'enjoindre à l'Administration d'accomplir un acte. Dès 1874 deux arrêts du 16 janvier (10) intervenant sur le recours des *Frères des écoles chrétiennes* et tendant à faire annuler

(8) Voir sur ce point, M. Carré de Malberg, « Contribution à la théorie générale de l'Etat », tome 1, p. 723, note 14.

(9) « De l'obéissance par l'Administration active de la chose jugée par la juridiction administrative », thèse Paris, 1923.

(10) R., p. 43 et 45,

les délibérations de Conseils municipaux, ainsi que les arrêtés du Maire de Paris leur substituant des institutions laïques, après avoir admis le bien-fondé des conclusions aux fins d'annulation, déclarent que « c'est devant l'Administration que doivent se retirer les parties à l'effet de faire ordonner les mesures que pourrait entraîner l'annulation des décisions ». Le Conseil d'Etat reconnaît donc qu'il ne lui appartient pas de prescrire les mesures résultant des annulations qu'il prononce, que ces mesures consistent dans la destruction de travaux entrepris après un arrêté préfectoral irrégulier, c'est l'affaire *de Bastard* du 20 avril 1883 (11), dans l'exécution d'un contrat de concession, comme c'était le cas de l'arrêt *Cie des bateaux à vapeur de la Guadeloupe*, du 8 août 1896 (12), ou dans l'obligation de recourir à la procédure d'adjudication (13) ; de même s'agissant de mesures irrégulièrement prises contre des fonctionnaires, le Conseil ne peut pas ordonner les *mesures administratives* propres à assurer aux requérants la réparation du préjudice subi dans leur carrière (14), ni imposer la réintégration d'un agent communal irrégulièrement suspendu, comme nous le montre l'affaire *Royer* (15) du 13 mars 1929.

A plus forte raison, lorsque les mesures administratives ne se présentent pas comme la conséquence d'une annulation, le juge ne peut-il les ordonner : ainsi le Conseil d'Etat déclare toujours que le Conseil de Préfecture ne peut, en aucun cas, prescrire l'exécution de travaux, aussi bien

(11) R., p. 367.

(12) R., p. 655.

(13) 23 Novembre 1934, Syndicat des contribuables de l'arrondissement d'Aix-en-Provence, R., p. 1099.

p. 469 ; Réault, 5 Janvier 1924, R., p. 10.

(14) Voir les arrêts Villars, 6 août 1909, R., p. 811 ; Lonjon, 8 juin 1923, R., p. 469 ; Réault, 5 janvier 1924, R., p. 10.

(15) R., p. 299,

lorsqu'il s'agit d'un concessionnaire (16), que d'une association syndicale (17); et récemment le tribunal des Conflits soulignait, dans un arrêt du 12 décembre 1938 (18) qu'« il n'était pas au pouvoir de l'autorité judiciaire de prescrire l'exécution de travaux publics ». Signalons encore une décision *Lombard* de 1912 (19), par laquelle le Conseil d'Etat se refuse à donner l'ordre à l'Administration de modifier un décret ; par un arrêt *Plane* du 21 décembre 1932 (20), il se déclare incompétent pour ordonner la restitution de certificats produits à l'appui d'une demande de pension.

La formule générale adoptée par la jurisprudence récente définit donc bien son attitude en disant qu'« il ne lui appartient pas d'adresser des injonctions à l'Administration. » (21)

§ 2. — *Les substitutions*

Les raisons pour lesquelles le pouvoir d'injonction n'entre pas dans la compétence du juge administratif valent avec plus de force encore pour lui dénier le pouvoir de se substituer à l'Administration pour accomplir des actes de sa compétence ou pour réformer ceux-ci : le Conseil d'Etat ne serait plus alors qu'un organe d'administration superposé aux autres.

La jurisprudence a souligné à maintes reprises cette limitation absolue aux pouvoirs du juge. Le Conseil d'Etat,

(16) 16 Juillet 1929 Cie P. L. M., R., p. 742.

(17) 7 Février 1930, Bontoux, R., p. 153. D'ailleurs en l'espèce, l'association syndicale, déférant à l'ordre donné, avait exécuté les travaux avant que le Conseil n'ait statué sur son recours.

(18) Epoux Vence-Girieux, R., p. 1017.

(19) R., p. 61.

(20) R., p. 1113.

(21) Voir les arrêts Richard, 20 Mai 1931, R., p. 541; Durvie, 11 Mars 1936, R., p. 316,

après avoir annulé un arrêté préfectoral déclarant irrégulier le vote d'un crédit par un conseil municipal, ne peut rétablir ce crédit aux budgets présent et futurs (22) ; de même, s'il a reconnu l'irrégularité d'un refus de délivrer un alignement, une autorisation de bâtir ou l'illégalité d'un refus d'avancement, il ne peut accorder lui-même l'alignement et l'autorisation de bâtir (23), ni l'inscription demandée au tableau d'avancement (24). D'ailleurs, dans un arrêt rendu sur recours du *Ministre de l'Intérieur* le 23 janvier 1909 (25), le commissaire du gouvernement Saint-Paul précisait les limites des pouvoirs du juge qui ne pouvait « tirer lui-même les conséquences qui découlaient nécessairement des prémisses », sous cette réserve qu'il faut entendre, selon nous, par « conséquences » non pas les conséquences de droit, que le juge peut dégager, mais les mesures consécutives d'exécution. En application de cette règle, le Conseil d'Etat rejette toujours les conclusions tendant à faire prononcer la réintégration d'un fonctionnaire irrégulièrement révoqué (26), ou procéder à des nominations (27). Il ne saurait, non plus, édicter aucune disposition de caractère réglementaire (28), ni se substituer à l'autorité de tutelle pour approuver un arrêté municipal (29). Enfin il est incompétent, en matière de contrat

(22) Commune de Daon, 21 Novembre 1902, R., p. 678.

(23) Blaise, 4 Décembre 1903, R., p. 745.

(24) Dame Caillard, 16 Octobre 1935, R., 1429.

(25) R., p. 70.

(26) Casanova, 11 Juillet 1928, R., p. 884.

(27) Beauchoux, 12 Novembre 1930, R., p. 922. Rochemont, 25 Mars 1931, R., p. 343.

(28) Rochemont, 1931, déjà cité : le requérant demandait au Conseil « l'institution en sa faveur de dispositions transitoires de nature à assurer son avancement ».

(29) Fairier, 27 Octobre 1937, R., p. 865,

de concession « pour autoriser aux lieu et place du concédant, la substitution d'un concessionnaire à un autre » (30), ou pour modifier le tarif des redevances dans un service concédé, même pour imprévision : si l'accord entre parties n'intervient pas, le juge ne peut qu'accorder une indemnité pour charges extracontractuelles (31).

A l'exception de certains cas particuliers, qui nous montrent le Conseil d'Etat se substituant à l'Administration, et que nous aurons à étudier dans notre deuxième partie, comme les demandes d'autorisations d'établissements dangereux, incommodes ou insalubres des deux premières catégories, la jurisprudence rejette, avec fermeté, la possibilité d'une substitution du juge. Devant cette attitude constante, nous nous refusons à suivre l'opinion des auteurs qui ont vu dans l'interprétation des motifs de l'arrêt *Cie des Tramways de l'Est Parisien* du 11 avril 1913 (32), l'annonce d'une attitude nouvelle du Conseil ; il se fonde, en effet, pour rejeter des conclusions tendant, après l'annulation d'un refus, à obtenir une permission de voirie, sur ce que « la délivrance des permissions de voirie ne constitue pas un droit pour les pétitionnaires » : si la demande eût été relative à *un droit*, telles les demandes de délivrance d'alignements individuels, ou de permis de chasse, les demandes de dérogation à la règle du repos hebdomadaire, le Conseil n'eut-il pas hésité à se substituer à l'Administrateur compétent ? Avec M. Hauriou nous nous refusons à fonder sur un argument *a contrario* l'annonce de ce qu'il appelle une « bien grande révolution », et la jurisprudence posté-

(30) Le Centre Electrique, 23 Juillet 1937, R., p. 772.

(31) Société du Gaz de Bordeaux, 30 Mars 1916, R. p. 143.

(32) Sirey, 1914-3-113. Note Hauriou.

rieure n'a pas manifesté un renversement systématique de son attitude (33).

§ 3. — *Les procédés d'exécution forcée*

Inspirés d'une notion directe de contrainte, ces procédés sont interdits au juge aussi strictement que les autres, essentiellement au nom du principe de l'autonomie de l'Administration.

1) L'arme très efficace dont dispose le juge ordinaire pour hâter l'obéissance à ses arrêts par la partie qui succombe est *l'astreinte*, procédé qui met à la charge du débiteur d'une obligation de faire ou de payer une certaine somme par jour de retard dans l'exécution, et dont M. Esmein a précisé la nature juridique (34) : elle repose tout d'abord sur le principe, admis en droit privé, que le juge peut prescrire l'exécution en nature, avant de la résoudre en dommages-intérêts; en outre, c'est une manifestation de *l'imperium*, pouvoir de commandement du juge : elle a donc le caractère d'une *peine privée*, sans rapport avec l'importance du préjudice, à la différence des dommages-intérêts moratoires, et susceptible d'être rapportée totalement ou partiellement, d'être renforcée aussi, suivant l'attitude prise par la partie visée devant cette menace. Tous ces traits nous marquent combien nous sommes éloignés du droit public, puisqu'on parle ici de pouvoir de commandement du juge, de possibilité pour lui de prescrire des actes d'exécution en nature. C'est ce que soulignait très nettement, le commissaire du Gouvernement Detton

(33) Nous ne rencontrerons que des manifestations sporadiques par lesquelles le Conseil d'Etat semble agir en supérieur hiérarchique, mais aucune prise de position de principe.

(34) *Revue de droit civil*, 1903, p. 5. « La jurisprudence en matière d'astreinte ».

dans ses conclusions sous l'arrêt *Le Loir* (35), du 27 janvier 1933, faisant remarquer que le procédé de l'astreinte doit être exclu totalement du droit administratif : en ce qui concerne l'exécution de ses obligations par l'Administration, c'est le principe général que nous étudions qui s'y oppose : tous les auteurs, même les adversaires résolus des conséquences de ce principe, comme M. Jèze et M. Barthélemy (36) se montrent de cet avis ; quant à l'exécution par les particuliers de leurs obligations envers l'Administration, le recours à l'astreinte est inutile, la Puissance Publique disposant à leur endroit de moyens très puissants (37).

La jurisprudence du Conseil d'Etat, elle aussi, se refuse toujours à y recourir. C'est ainsi qu'il annule les arrêtés par lesquels les Conseils de Préfecture prescrivent à l'Administration ou à son concessionnaire l'exécution de certains actes sous peine d'astreinte (38) ; il rejette également les conclusions dont il est saisi à l'effet d'assurer par ce moyen la prompte exécution de ses arrêts : un exemple nous en est donné par l'affaire *Tondut*, du 6 mai 1931 (39), dans laquelle le requérant s'étant vu refuser par le Maire le bénéfice d'un service municipal, en l'espèce une concession d'eau, en méconnaissance du principe d'égalité des administrés devant le droit aux services publics, sollicitait du Conseil une condamnation de la Ville à une astreinte

(35) S. 1933-3-132.

(36) R. D. P., 1912, p. 505. « L'obligation de faire en droit public ».

(37) Cependant un arrêt *Wagon* du 25 Novembre 1936 admet la condamnation d'un particulier à détruire, sous astreinte, les ouvrages mal plantés. R., p. 1036.

(38) 25 Juin 1926. Cie Foncière de Constantine, p. 643 ; 26 Juin 1929, Cie Générale des Eaux, p. 622 ; 27 Janvier 1933, *Le Loir*, loc. cit.

(39) S. 1931-3-81.

pour la contraindre à délivrer la concession réclamée : cette demande fut écartée. Enfin la condamnation de l'Administration au paiement d'une indemnité ne peut être accompagnée d'une astreinte ; le requérant n'a droit qu'aux intérêts de la somme due qui courent au plus tard depuis le jour de la décision (40).

2) Si le problème de l'application de l'astreinte a pu être débattu, en raison du recours par le Conseil d'Etat à des procédés qui s'en rapprochent, la question est résolue par la négative pour les *autres procédés de contrainte*, dont dispose ordinairement le juge pour assurer *l'exécution des condamnations pécuniaires*. Outre les raisons de principe qui résultent des règles générales étudiées par nous, M. Waline (41) insiste sur quelques motifs d'ordre positif ; l'Etat n'est pas insolvable, ni malhonnête, le créancier ne court aucun risque.

Nous rencontrons cette impossibilité en ce qui concerne tous les moyens mis à la disposition des particuliers par le Code de Procédure Civile et le Code Civil (42). *L'hypothèque judiciaire*, que l'art. 2123 du Code Civil accorde à la partie gagnante, ne peut pas grever les biens des administrations publiques, même ceux du domaine privé. De même l'insaisissabilité des deniers publics s'oppose à ce que des *saisies* puissent être réalisées (43). Enfin, *la vente*

(40) Voir sur ce point les arrêts du 7 Juillet 1922, commune de Cogolin, R., p. 587, et du 14 Mars 1934, Société de Biscuiterie Cauvy, R., p. 339.

(41) *Manuel de droit administratif*, 2^e édition 1939, p. 601 et s.

(42) En ce qui concerne les communes, voir la note de M. Monsserrat au D. 1938-1-126.

(43) Le droit roumain présente, rappelons-le, cette particularité de permettre la saisie des revenus des collectivités publiques, système instauré par la loi du 23 Décembre 1925.

forcée des biens du domaine privé sans le consentement de l'Administration supérieure est interdite ; on peut en donner pour raison le caractère d'affectation *indirecte* de ces biens aux services publics : s'ils n'y sont pas directement et immédiatement affectés, ce qui les exclut du domaine public, ils peuvent le devenir ; d'autre part, dans leur état actuel ils collaborent à leur fonctionnement par les ressources qu'ils fournissent. Aussi, dans la seule exception à cette prohibition, prévue pour les biens du domaine privé communal par l'article 110 de la loi du 5 avril 1884 modifié par le décret-loi du 5 novembre 1926, le consentement de l'Administration est-il exigé.

§ 4. — *La compensation judiciaire*

Elle consiste dans la possibilité pour le juge de faire disparaître, à concurrence de la plus faible, deux obligations pécuniaires réciproques entre les deux parties, alors que l'une de ces obligations résulte de la décision rendue. Etendue en matière administrative, ce ne serait pas une véritable mesure d'exécution, parce qu'elle demeure, semble-t-il, dans la compétence normale du juge qui peut prononcer des condamnations à une somme d'argent et peut, d'autre part, éteindre un droit de l'Administration. Cependant ce système n'est pas étranger à la matière que nous venons d'étudier parce qu'indirectement, il permettrait d'exercer une contrainte certaine et comporterait une part de substitution du juge aux autorités administratives compétentes. En effet, il faudrait considérer comme exigible la créance du particulier alors que ne sont pas intervenues les procédures de liquidation et d'ordonnancement des dettes publiques (44) ; ou bien elle doit être considérée

(44) Bonnard, *Revue de Science Financière*, 1911. « La compensation comme mode d'extinction des créances publiques ».

comme non exigible — ce que confirme l'absence de tout moyen d'exécution forcé qui caractériserait l'exigibilité — et la compensation est impossible. Ajoutons que ce serait méconnaître le droit pour l'Administration d'apprécier l'opportunité des paiements à faire. Enfin, l'application de certaines recettes à certaines dépenses, ainsi réalisée, serait contraire à la règle budgétaire de non affectation.

La compensation ne peut donc apparaître en droit public, ni par le fait de la loi, ni par le fait du juge, ni par le fait des particuliers. Cependant, l'art. 46 de la loi du 17 avril 1919 a institué un système de compensation en matière d'indemnités pour dommages de guerre, entre la somme allouée par décision des tribunaux ou des commissions compétentes et les dettes du sinistré envers l'Etat ; cette compensation était admise, d'après le texte, d'une façon très large, quelle que soit la cause juridique de la dette du particulier. Mais la pratique administrative s'éleva contre cette atteinte aux règles de la comptabilité publique, ainsi qu'au principe reconnu de son indépendance en limitant à deux les catégories de dettes des particuliers susceptibles de compensation : les contributions directes établies sur rôles nominatifs et les taxes assimilées ; les droits de mutation à titre gratuit entre vifs et par décès. Une loi du 18 juillet 1923 vint d'ailleurs modifier ce texte trop général dans le sens que l'Administration lui avait donné, reconnaissant ainsi la suprématie des lois de structure telles que celles de la comptabilité publique, sur les lois de circonstance (45).

La jurisprudence, de son côté, s'est toujours déclarée hostile à la possibilité d'une compensation en droit public

(45) Voir sur ce point Melle Fayolle, thèse Nancy 1926, p. 117 et s.

à l'exception de celle proposée par l'Administration : c'est l'idée qu'exprimait, dès 1895, dans un arrêt *Bureau* du 5 avril (46), le commissaire du gouvernement, M. Wurtz, en soulignant dans ses conclusions l'inopposabilité à l'Etat de la compensation de l'article 1289 du Code Civil. Ce n'est donc que par une hardiesse qu'elle ne pourrait renouveler depuis la loi du 18 juillet 1923, que la Cour de Paris put, dans un arrêt du 12 mai 1922(47) admettre la compensation entre une indemnité non liquidée de dommages de guerre et le montant d'amendes dues pour contraventions fiscales, en s'appuyant sur la généralité des termes de l'art. 46 de la loi du 17 avril 1919 ; nous pensons avec Mlle Fayolle, que le Conseil d'Etat n'eût pas adopté, sur ce point, la même attitude.

SECTION 2

L'EXÉCUTION ET SES GARANTIES DANS LE CADRE DE L'ADMINISTRATION

De l'absence de tout moyen coercitif absolu dont puisse disposer le juge, il résulte que le requérant qui a triomphé voit l'exécution de l'arrêt dont il bénéficie *confiée à l'Administration* (48). Les mesures administratives qui sont les

(46) R. p. 315.

(47) S. 1922-2-111.

(48) Dans sa note sous l'arrêt de 1908, Election de Bouilh-Péreuilh, au S. 1909-3-65, M. Hauriou rappelle que c'est l'*Administration seule* qui peut tirer les conséquences de la chose jugée contre elle ; la municipalité de Bouilh-Péreuilh n'ayant tenu aucun compte, pour les élections, de l'arrêté de convocation du Préfet, ne peut se justifier par ce motif qu'elle aurait ainsi respecté la chose jugée ; soumise par la loi à l'obligation de respecter la décision d'une autorité supérieure, elle ne peut prendre à son compte l'exécution d'une décision de justice qui ne la vise pas directement ; il en serait de même pour les particuliers, car c'est un acte d'insubordination à l'égard de la puissance publique.

éléments nécessaires pour que se concrétise dans l'ordre juridique la décision du juge, seront prises d'après leur nature par les diverses autorités compétentes : tantôt la décision émanera d'un corps, tantôt d'un agent public. Nous pénétrons par là dans la vie intérieure de l'Administration, très fortement empreinte de *hiérarchie* : dirigée vers l'action, elle se préoccupe d'assurer l'unité de vues à tous les degrés et dispose, à cet effet, de puissants procédés, le *pouvoir de tutelle* et le *pouvoir hiérarchique*, qui constituent pour le particulier bénéficiaire d'une décision de justice, une garantie, dans la mesure toutefois où l'autorité supérieure juge bon d'intervenir : bien que son devoir juridique soit proclamé, il lui est possible de s'associer aux autorités inférieures dans leur méconnaissance de la chose jugée en n'intervenant pas ; il est en effet de principe sous réserve des limites considérables apportées, nous le verrons, par l'action jurisprudentielle du Conseil d'Etat qui a presque renversé cette règle, que la mise en œuvre du pouvoir hiérarchique est une manifestation de la « vie intérieure » des administrations (49), fondée sur des appréciations d'opportunité qui échappent au contrôle du juge.

Il en résulte que, si l'arrêt de justice vise *l'Etat*, le particulier n'a d'autre ressource que de s'adresser au Ministre pour en obtenir l'exécution, sans pouvoir espérer même l'appui de ces mécanismes internes, puisqu'il touche dès l'abord au sommet de la hiérarchie. Avant de se représenter devant le Conseil d'Etat, il pourra, s'il pense que l'inexécu-

(49)Cf. Note Haurion sous l'arrêt Cochet d'Hattecourt au S. 1921-3-9. Et dans l'arrêt Daraux du 26 Juin 1908, au S. 1909-3-129, 1e Conseil d'Etat reconnaît l'impossibilité où il se trouve d'apprécier directement la valeur d'un refus d'inscription d'office, non sans manifester, à cet égard, ses profonds regrets.

tion dont il est victime n'est que le fait d'une erreur, éveiller à nouveau l'attention du Ministre par un *recours gracieux*.

Si l'arrêt de justice vise une autorité soumise au pouvoir de tutelle, ou incluse dans la hiérarchie administrative, le bénéficiaire pourra s'efforcer d'obtenir satisfaction par l'introduction d'un *recours à l'autorité tutrice*, ou d'un *recours hiérarchique*, qui ne sont, remarquons-le une fois de plus, qu'un appel à la police intérieure de la Puissance Publique : ce n'est que dans les cas où elle consent elle-même à déférer aux décisions du juge qu'elle fera pression sur les organes subalternes en faveur du particulier. Divers procédés s'offrent qui sont plus étendus quand ils intéressent les agents directs du pouvoir central que lorsqu'ils s'adressent aux collectivités décentralisées :

1° *La tutelle administrative* : elle a pour but de réaliser un contrôle de l'activité des autorités administratives jouissant d'une certaine autonomie, communes, départements, établissements publics. L'expérience a révélé que le danger se manifestait surtout, à leur sujet, dans le domaine financier. C'est donc en ce qui concerne les *condamnations pécuniaires* que l'aide du pouvoir de tutelle présentera la plus grande efficacité.

C'est ainsi que les dettes obligatoires des départements et des communes, peuvent être *inscrites d'office*, par décret en forme de règlement d'administration publique dans le premier cas (art. 62 de la loi du 10 août 1871), par arrêté du Préfet dans le second (art. 149 de la loi du 5 avril 1884, modifié par les décrets du 5 novembre 1926 et du 28 août 1937) après nouvelle délibération du Conseil Municipal. Cette procédure est complétée, d'ailleurs, par la faculté pour les autorités supérieures de créer les ressources nécessaires au paiement de la dette ainsi inscrite, par une *impo-*

sition d'office. Enfin, sous l'inspiration d'une méfiance plus grande à l'égard des communes, et dans le but de compenser sans doute leur plus grande autonomie vis-à-vis du pouvoir central, le législateur a ménagé deux procédés de contrainte dans le cadre de la tutelle sur les municipalités : d'abord le *mandatement d'office*, qui complète le système que nous venons d'examiner (art. 182 de la loi de 1884) : l'efficacité de l'inscription d'office est assurée puisque le Préfet peut ordonnancer la dette obligatoire non contestée, lorsque le maire s'y refuse. Enfin, le particulier porteur d'une décision de justice exécutoire peut demander aux autorités municipales de consentir à la *vente de certains biens communaux* non affectés à un service public, qu'elles choisiront librement; en cas de refus, l'autorisation peut être donnée par le Préfet qui déterminera dans son arrêté les formes de la vente (art. 110 de la loi de 1884, modifié par l'art. 38 du décret du 5 novembre 1926). Mais il ne faut pas oublier, pour apprécier l'exacte efficacité de ces textes, que l'intervention des autorités supérieures au moyen de leurs pouvoirs de tutelle est l'objet de leur libre appréciation : un arrêt du 20 juillet 1938, *Schlumberger* (50), renouvelant les termes de celui du 26 mai 1937 (51), vient nous rappeler que ce n'est pas pour elles une obligation, ni la source d'une responsabilité en cas d'inaction.

Si le recours à la tutelle administrative offre plus d'intérêt, en notre matière, pour l'exécution des condamnations pécuniaires, il peut toutefois assurer, dans certains cas, l'exécution des *obligations de faire* résultant de la chose jugée. L'annulation des délibérations du Conseil Municipal pour violation de la loi ne peut être en effet demandée

(50) R., p. 701.

(51) R., p. 518.

directement au Conseil d'Etat ; c'est le Préfet qui doit statuer par arrêté motivé, que le requérant peut déférer au juge de l'excès de pouvoir (art. 63 et 65 de la loi du 5 avril 1884, modifiés par le décret-loi du 5 novembre 1926). Enfin, lorsque le maire, agissant comme pouvoir exécutif local refuse ou néglige d'accomplir un acte de sa fonction, le Préfet se substituera à lui, après mise en demeure.

2° *Le pouvoir hiérarchique* : il se caractérise par une énergie beaucoup plus grande que celle du pouvoir de tutelle, et son domaine est beaucoup plus étendu.

Il peut viser tout d'abord les *actes* des divers agents qu'utilise la puissance exécutive, en les annulant, les réformant, ou leur en substituant d'autres. Tels sont les pouvoirs du Ministre à l'égard du Préfet, et ceux du Préfet à l'égard du Maire agissant comme agent du pouvoir central (art. 92 de la loi de 1884).

Mais il comporte en outre un système de *sanctions disciplinaires* qui, en frappant directement la situation des corps et agents administratifs, lui assure une efficacité certaine : suspension, démission d'office, révocation atteindront les fonctionnaires qui méconnaissent leur devoir ; la dissolution ou la suspension sanctionneront l'insubordination des assemblées locales, sur qui pesait déjà la tutelle.

Nous touchons d'ailleurs par l'examen du pouvoir hiérarchique et de la tutelle administrative, à une partie du droit qui subit actuellement une profonde transformation sous la pression des nécessités de fait. Après une évolution vers un renforcement, commencée dans ces trois dernières années avec la crise du système libéral (52), ces « mesures

(52) Cf. les décrets-lois du 30 Novembre 1935 concernant la tutelle en matière de défense de l'ordre public, puis les décrets-lois du 28 Août 1937, du 24 Mai 1938 et du 12 Novembre 1938 élargissant les cas de substitution du Préfet au Conseil Municipal en matière financière,

intérieures » viennent de prendre un essor considérable après l'écroulement de l'ancien édifice constitutionnel : leur état actuel n'est encore que transitoire puisque le statut des assemblées locales n'est pas encore fixé et qu'au reste, des réformes de caractère définitif sont très délicates à réaliser dans les circonstances présentes ; mais le rétablissement jugé nécessaire de l'autorité, de l'organisation concentrée et hiérarchisée, a motivé la concentration dans les mains de certains agents directs, comme les Préfets, de vastes pouvoirs, tant sur les actes que sur les individus ; enfin, il n'est besoin que de signaler l'aspect juridique nouveau de la vie municipale depuis la substitution à de nombreux corps élus de commissions administratives émanant du pouvoir central.

Cette énergie nouvelle donnée aux pouvoirs de contrôle hiérarchique et de tutelle administrative ne modifie pas cependant les données du problème, puisqu'il ne s'agit, répétons-le, que de la « police intérieure » de la Puissance Publique. C'est sur un autre terrain, celui de la méconnaissance par elle de son devoir juridique, que se place l'action du Conseil d'Etat qui garde donc toute sa valeur, puisqu'elle sera l'ultime ressource du particulier qui, après avoir triomphé en droit, succombe en fait, devant la mauvaise volonté de l'Administration.

DEUXIEME PARTIE

LA MÉCONNAISSANCE DE LA CHOSE JUGÉE LES PROCÉDÉS EMPLOYÉS PAR L'ADMINISTRATION

C'est parce que le Conseil d'Etat décèle dans ses plus minces détails l'application des grands principes de notre droit public qu'il parvient à les concilier quand leur opposition semblait irréductible ; mais c'est aussi parce qu'il pénètre avec acuité la « psychologie de l'Administration » qu'il a mis au point divers moyens d'enserrer l'action administrative dans un cadre juridique étroit, de réduire les risques de méconnaissance de ses arrêts. Il est donc intéressant de préciser l'attitude que prend la Puissance Publique quand elle ne veut pas accepter les solutions apportées le juge.

D'une façon générale, on ne peut parler d'une insubordination véritable, ni d'un état de conflit constant entre le juge et l'administrateur. Sans doute, dans sa note au Sirey 1911-3-121, sous l'arrêt *Fabrègues*, M. Hauriou a-t-il volontairement tracé de la situation un tableau plus pessimiste que la réalité pour mettre en pleine lumière les risques très certains auxquels nous expose notre système ; nous n'avons pas rencontré, jusqu'ici, cette « insurrection

des bureaux contre le Conseil d'Etat qui est le gêneur », à tout le moins aucune insurrection systématique.

Néanmoins, nous n'adoptons pas le point de vue trop optimiste de certains auteurs comme M. Bonnard (1), d'après lesquels le problème ne présenterait pas grand intérêt parce que les décisions de justice seraient toujours respectées. Nous approuvons, au contraire, pleinement cette autre observation faite par M. Hauriou dans la note précitée qu'« une sorte de mauvaise foi » s'est manifestée aux divers degrés de la hiérarchie administrative, dans les municipalités, dans les préfectures, dans les ministères mêmes, qui vient enlever dans certains cas toute valeur pratique aux décisions de justice. Cette opposition s'est peu à peu développée ; nous nous proposons d'examiner les causes de ce développement et ses formes, car c'est peut-être progresser vers la solution que de connaître ces éléments.

(1) *Précis de droit public*, 1937, p. 166 et s.

CHAPITRE I

Les raisons d'ordre pratique

Ce sont des raisons de fait inspirées du cadre juridique, qui ont créé une atmosphère dans laquelle certains organes administratifs ont été portés à abuser de l'indépendance qui leur était reconnue dans le seul intérêt des services publics.

SECTION I

LA SUBSTITUTION DE LA JUSTICE DÉLÉGUÉE A LA JUSTICE RETENUE

L'insubordination de l'Administration n'était pas une conséquence inévitable de la loi du 24 mai 1872. Mais en conférant expressément au Conseil d'Etat le caractère de tribunal souverain, le texte a ravivé la vieille méfiance historique des organes exécutifs à l'égard des juges, qui s'était endormie dans une pratique conciliatrice : s'il agissait en fait comme un véritable juge, le Conseil n'était pas considéré comme tel par l'Administration, qui n'hésitait pas à lui obéir spontanément.

D'autre part, en excluant le Conseil d'Etat statuant au contentieux de la liste des autorités administratives, la réforme de 1872 lui enlevait la possibilité de se comporter partiellement en supérieur hiérarchique, comme il l'avait

fait encore dans l'arrêt *Dame Clément* de 1869 que nous avons examiné. Ainsi deux actions opposées se manifestaient : un rappel de son autonomie à l'Administration, l'affaiblissement partiel des arrêts du Conseil d'Etat. C'est ce que M. Duguit constate dans son ouvrage sur les « Transformations du droit public » (1) : « L'Administration active, en possession d'une situation acquise, presque privilégiée, tend naturellement et spontanément à la conserver et à enrayer l'action de la force nouvelle que représente l'extension du contrôle juridictionnel. »

SECTION 2

LE DÉVELOPPEMENT DE LA DÉCENTRALISATION

La décentralisation territoriale est l'un des facteurs importants des abus commis en la matière ; les conflits les plus violents se sont produits en effet dans le cadre local. Les textes essentiels furent, pour le département, la loi du 10 août 1871 qui faisait des délibérations soumises à suspension le droit commun pour le Conseil Général ; depuis le décret du 5 novembre 1926, qui a supprimé cette catégorie par son article 4, la majorité de ses délibérations sont définitives, sauf annulation demandée par le Préfet dans les dix jours.

Quant à l'organisation communale, elle avait atteint un degré très poussé de décentralisation puisque la règle de l'élection des maires fut introduite par la loi du 28 mars 1882 et maintenue par la charte municipale du 5 avril 1884 ; cette dernière loi supprimait, sauf exceptions, la nécessité d'approbation pour les délibérations des conseils municipaux, et précisait qu'elles ne pourraient être annulées que pour des causes déterminées, et non plus pour simple inop-

(1) P, 217,

portunité. La diminution des cas où l'approbation est exigée, l'introduction du système de l'approbation tacite furent le résultat du décret-loi du 5 novembre 1926.

Nous n'avons pas à insister ici sur les divers aspects de la décentralisation. Nous n'en retenons que leurs conséquences touchant cette « psychologie administrative » que nous voulons dégager. Certes, la constitution juridique d'entités locales n'est que l'expression dans le droit d'une réalité certaine, spécialement en ce qui concerne les municipalités ; mais celles-ci, de plus en plus conscientes de leur autonomie à l'égard du pouvoir central, devaient souvent méconnaître cet autre fait qu'elles ne sont que les cellules de l'Etat ; les problèmes soulevés dans leur sphère juridique propre d'une part, les pouvoirs étendus qui leur étaient confiés d'autre part, ont exercé souvent une attraction sur les maires, les conseillers municipaux, les préfets, les gouverneurs des colonies même, au mépris de la règle de droit, que les rivalités locales ont parfois violemment bousculée. Le Conseil d'Etat et ses décisions sont bien loin, quand un individu, porté par les suffrages de ses concitoyens à la tête d'une commune, dispose de pouvoirs étendus et sanctionnés. C'est ce que fait apparaître l'arrêt *Demoiselle Noualhier* du 24 janvier 1902 (2) et les deux arrêts *Fabrègues* du 23 juillet 1909 et du 22 juillet 1910 (3), sur lesquels nous reviendrons, qui nous montrent deux maires s'efforçant de faire obstacle par des arrêtés répétés, trois dans le premier cas, quatre dans le second, aux décisions du Conseil d'Etat.

(2) S. 1904-3-141.

(3) S. 1911-3-121, note Hauriou.

SECTION 3

L'INGÉRENCE DES RIVALITÉS POLITIQUES ET PARTISANES

C'est un résultat presque inévitable dans une administration décentralisée que de voir intervenir les préoccupations politiques, plus spécialement dans les municipalités où se réalise un contact incessant entre l'administrateur et l'administré, alors que celui-ci est en même temps électeur. La lutte d'intérêts qui se révèle à la lumière de ces préoccupations apporte aux questions juridiques débattues une solution bien différente de celle arrêtée par le juge ; et celle-là triomphera bien vite de celle-ci. L'exemple fut parfois donné par les autorités du pouvoir central, par les préfets, qui n'hésitèrent pas à s'écarter du droit, sollicités par les nécessités partisans.

L'influence des mœurs électorales, pour être un lieu commun bien rebattu, ne saurait être négligée comme facteur important en la matière. La preuve s'il en fallait une, nous est donnée par l'affaire *Abbé Hardel* de 1911 (4) : bien qu'un jugement du tribunal civil de Vendôme ait ordonné, en faveur d'un abbé, le maintien en possession provisoire de certains locaux, le Préfet n'hésite pas à prendre contre lui un arrêté d'expulsion : est-il besoin d'indiquer que ce ne sont pas l'intérêt du service ou les nécessités de l'ordre public qui ont inspiré cette décision ?

Le danger apporté par la décentralisation territoriale était le risque de voir triompher les intérêts locaux parfois légitimes, de l'intérêt général ; mais si le facteur politique intervient, toute espèce d'intérêt légitime se trouve balayé. D'autre part, il n'est plus possible d'espérer l'intervention de garanties d'ordre administratif telles que le pouvoir de tutelle ou les sanctions disciplinaires ; ces der-

(4) R., p. 350.

nières, observe M. Jèze (5), « n'atteignent les agents électifs que lorsqu'ils sont hostiles au gouvernement ». C'est donc au moment où le conflit devient plus violent que les armes se dérobent.

*
* *

Avant de passer à l'étude des procédés dilatoires utilisés par l'Administration nous ne pouvons omettre de signaler l'existence de certains cas d'inexécution des décisions de justice reconnus *légitimes* par le Conseil d'Etat, alors même qu'ils sont pour le particulier la cause d'un préjudice. Mais il ne s'agit plus ici d'invoquer la seule indépendance de l'Administration, son pouvoir d'appréciation de l'opportunité. Nous sommes placés dans des circonstances telles que la *sécurité générale* se trouverait dangereusement menacée si l'exécution de la décision de justice devait se réaliser à tout prix. Par une réaction commune, cette fois, l'Administration et le Conseil d'Etat reconnaissent qu'il était indispensable, au nom de ce que M. Hauriou appelle la « légitime défense de l'Etat » (6), d'écarter l'autorité de la chose jugée (7). L'indemnité allouée au parti-

(5) Note sous l'arrêt *Lhuillier* du 12 Juin 1914, dans la R. D. P. 1914, p. 595.

(6) Note sous l'arrêt *Couitéas* du 30 Novembre 1923 au S. 1923-3-57.

(7) Deux affaires de cet ordre se sont présentées, dans des circonstances graves. Dans l'affaire *Couitéas* du 30 Novembre 1923, (loc. cit.), le gouvernement français s'était refusé à prêter le concours de la force militaire en vue de l'exécution d'un jugement du tribunal judiciaire qui avait reconnu au requérant le droit de faire expulser de son domaine tous les occupants. Le Conseil d'Etat décide que, dans l'espèce, la Puissance Publique n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés en vue du maintien de l'ordre et de la sécurité publique dans le pays de protec-

culier n'est en aucune manière fondée sur une faute, elle ne fait que réparer une charge exceptionnelle qu'il a supportée à la suite du *fonctionnement normal* d'un service public. Nous sommes donc dans un domaine tout différent de celui où se place notre étude puisque le Conseil d'Etat ne critique ni ne sanctionne l'attitude administrative, il ne recherche aucun moyen de la contraindre à l'exécution. Ces cas doivent rester en nombre très limité, et pour éviter que l'Administration n'abuse de cette ultime faculté, le Conseil doit s'attacher à découvrir si la sécurité même de la collectivité nationale était menacée. Il ne s'agit donc pas de substituer une responsabilité fondée sur le risque,

lorat, parce que l'expulsion risquait d'engendrer des troubles graves. Une indemnité fut allouée au sieur Couitéas, en réparation de la charge exceptionnelle qu'il avait dû supporter, à savoir la la privation de jouissance d'une partie de son domaine. Après le maintien de son refus par le gouvernement français, le Conseil d'Etat confirma sa jurisprudence dans son arrêt du 6 Novembre 1936, *Héritiers Couitéas, R.*, p. 967.

Dans la période troublée des grèves, accompagnées d'occupation d'usines, cette même jurisprudence fut appliquée, par exemple dans l'arrêt du 3 juin 1938 *Soc. la Carlonnerie et Imprimerie de Saint-Charles*, 4^e esp. R., p. 529 et D.P. 1938-3-65. Nous ne retiendrons des diverses phases de l'affaire que celle-ci qui nous intéresse directement : ayant obtenu du président du tribunal civil, en référé, une ordonnance d'expulsion des ouvriers occupant son usine — sentence judiciaire revêtue de la formule exécutoire — la Société requérante se heurte à la décision de l'Administration de différer l'exécution en raison des risques de troubles graves. Le Conseil d'Etat estime que ce motif de sécurité publique, dans les circonstances, justifie l'attitude administrative, mais accorde une indemnité à l'intéressé, la période de non-exécution s'étant prolongée au-delà du délai normal, puisque l'évacuation ne fut réalisée qu'après l'obtention d'une nouvelle ordonnance d'expulsion.

à celle fondée sur la faute, parce que l'on ne saurait accepter la généralisation de la règle suivant laquelle la méconnaissance de la chose jugée est une faculté pour l'Administration (8).

(8) Nous souscrivons donc à l'opinion émise par M. Hauriou dans sa note sous le premier arrêt Couitéas, (loc. cit.) : « Il faut refermer la porte imprudemment ouverte ».

CHAPITRE II

Les moyens employés par l'Administration

Par quels procédés l'Administration s'efforce-t-elle de faire échec aux décisions des juges ? C'est ce que nous nous proposons de rechercher ici, et nous constatons, d'après les affaires portées devant le Conseil d'Etat, qu'ils procèdent tous d'une nature identique, révélant, soit un abus de ses pouvoirs par l'Administration, soit un détournement de ceux-ci vers un but autre que l'intérêt général.

Tantôt cette insubordination est *directe* : c'est la forme qu'elle revêt plus particulièrement au sein des organismes décentralisés. Tantôt elle est *indirecte*, procédant par des voies détournées. Quelques exemples nous seront fournis par la jurisprudence du Conseil d'Etat : nous ne nous arrêterons, ici, qu'à l'*objet* des litiges sans nous préoccuper de la solution donnée par le juge.

SECTION I

LA MÉCONNAISSANCE DIRECTE

Les manifestations diffèrent avec la nature de la condamnation prononcée, mais elles révèlent toujours un même état d'esprit, la volonté de ne tenir aucun compte de la décision du juge.

§ 1. — *Après l'annulation d'un acte positif*, l'insurrection directe consistera, soit dans l'exécution de l'acte annulé lui-même, soit dans la répétition d'un acte analogue.

Nous rencontrons un premier exemple d'exécution d'un acte déclaré nul par le juge dans l'affaire des *élections de Bouilh-Péreuilh* de 1908 (1) : bien que le Conseil d'Etat ait déclaré nul un sectionnement électoral, le Préfet n'hésite pas à convoquer les électeurs en prenant pour base de son arrêté le sectionnement nul ; il révèle par son attitude la volonté d'ignorer totalement l'arrêt du juge. Un autre arrêt, du 14 mai 1937, de *Nantois* (2), nous révèle un état d'esprit semblable : des crédits avaient été alloués à une commune pour lui permettre de réparer les dégâts causés par les calamités atmosphériques ; le Conseil municipal ne se fit aucun scrupule de les affecter au paiement de travaux d'aménagement. Sur recours contre l'arrêté du Préfet refusant de déclarer nulles de droit ces décisions, le Conseil d'Etat avait annulé tant les délibérations du Conseil municipal que l'arrêté préfectoral. Or, et c'est l'objet de la nouvelle instance, l'Administration municipale négligeant l'avertissement qui lui était donné, maintient son attitude en ce qui concerne l'utilisation des crédits, la précise même, au cours de nouvelles délibérations qui bénéficient de l'appui tacite du Préfet.

Dans d'autres cas, l'insurrection administrative revêt une égale violence, mais sous une autre forme : ce n'est plus l'acte annulé lui-même, qui est exécuté, mais un acte analogue. Le contrôle du juge se trouve donc privé de toute efficacité. C'est ainsi que par un arrêt *Thorrand* du 9 juin

(1) S. 1909-3-65.

(2) R., p. 501.

1893 (3), le Conseil d'Etat eut à connaître d'un retrait de permission de voirie intervenant après l'annulation d'un retrait antérieur ; que dans le célèbre arrêt *Fabrègues* du 22 juillet 1910 (4), il se voit déférer 7 arrêtés successifs de suspension d'un garde-champêtre, dont 4 étaient intervenus après une décision du 23 juillet 1909 qui soulignait l'impossibilité pour le Maire de réaliser par plusieurs arrêtés successifs une suspension d'un garde-champêtre supérieure à un mois ; ce procédé ayant été utilisé déjà par 10 arrêtés consécutifs frappés d'annulation, le doute ne saurait subsister en ce qui concerne l'insubordination du Maire ! Enfin, c'est un arrêt *Brun* du 20 juin 1930 (5), qui nous montre l'Administration donnant à une décision régulière de mise à la retraite d'office un caractère rétroactif à seule fin de réaliser les effets d'une décision antérieure annulée.

§ 2. — *Après l'annulation d'un refus* : l'Administration méconnaîtra la chose jugée, si elle renouvelle son refus déclaré irrégulier *au fond*, manifestant par là d'une façon positive sa volonté de tenir pour non avenue la décision du juge ; mais il en sera de même en cas d'inaction de sa part, lorsque cette attitude négative aurait pour résultat de laisser toute sa portée au refus antérieur.

C'est ainsi que plusieurs arrêts rendus sur la requête de la *Dame Venturini*, l'un en 1931 (6), l'autre en 1934 (7), ont permis au Conseil d'Etat de juger l'attitude d'un Maire qui refuse systématiquement de nommer la requérante

(3) R., p. 450.

(4) S. 1909-3-121.

(5) R., p. 641.

(6) 25 Juillet 1931. R., p. 872.

(7) 27 Avril 1934. R., p. 503.

au poste de concierge des écoles de Boulogne-Billancourt malgré les annulations successives de ses décisions de refus. Ce Maire peu docile eut d'ailleurs recours aux deux procédés possibles : après un arrêt du Conseil d'Etat de 1926, il oppose le silence et l'inaction aux demandes réitérées de la Dame Venturini. Cette attitude ayant été sanctionnée par l'arrêt de 1931 précité, il oppose un refus exprès qu'il s'efforce d'appuyer sur des raisons de droit pour échapper à une nouvelle sanction.

Le Conseil d'Etat précise, d'autre part, dans un arrêt *Malherbe et Renard* du 19 octobre 1936 (8), que le silence gardé par le Ministre après l'annulation d'un refus de nommer un candidat à un emploi réservé « équivaut à une décision de rejet qui doit être annulée comme contraire à l'autorité de la chose jugée » : l'Administration ne saurait donc se réfugier dans l'inaction, parce qu'il s'y révèle une attitude d'hostilité positive à l'égard de la chose jugée (9).

§ 3. — *Après une condamnation pécuniaire*, l'insubordination de l'Administration est plus rare, parce que c'est le crédit de l'Etat qui s'en trouverait atteint ; la puissance publique s'efforce de conserver intact cet élément dont elle a tant besoin.

Cependant, il faut signaler quelques cas d'inaction, de retards et même certains refus d'ordonnancer la dette obligatoire, appuyés sur des prétextes juridiques plus ou moins valables, tels que l'incompétence du tribunal, comme dans l'affaire des *Epoux Muller*, du 19 décembre

(8) R., p. 89.

(9) Cf. un arrêt *Déve* du 8 Juin 1932, R., p. 558 : le Ministre des Colonies avait gardé le silence après une demande d'exécution de l'arrêté par lequel un Conseil du Contentieux administratif avait alloué un rappel d'ancienneté,

1930 (10), ou l'erreur commise dans l'allocation des intérêts, comme nous le montre l'arrêt *Les Fils d'Arthur Mathieu et Cie*, du 4 mai 1932 (11).

SECTION 2

LA MÉCONNAISSANCE INDIRECTE

Ce sont les cas les plus fréquents, et toute l'habileté administrative s'y déploie pour découvrir des moyens nouveaux qui paralysent les décisions des juges, après les avoir respectées en apparence.

§ 1. — *L'exécution incomplète.* Ce moyen d'échapper aux conséquences de la chose jugée se manifeste particulièrement en ce qui concerne la situation des fonctionnaires civils ou militaires, parce que les mesures d'exécution que le Conseil d'Etat met à la charge de l'Administration sont, nous le verrons, particulièrement complexes.

C'est ainsi qu'après l'annulation de la révocation d'un chef de bataillon, la décision de justice n'est pas pleinement respectée si le requérant n'est pas rétabli sur les matricules de l'ordre de la Légion d'Honneur, après avis conforme du Conseil de l'Ordre (12).

Dans de nombreux cas, l'Administration ne peut être tenue pour responsable d'une simple omission, mais bien d'une *volonté manifeste* de ne pas remplir toutes ses obligations : par exemple, l'affaire *Wassilieff* du 24 juin 1925 (13), nous montre qu'un chirurgien, après l'annulation de sa révocation, s'il n'est pas frappé d'une nouvelle mesure identique, ne peut cependant obtenir la réintégration.

(10) R., p. 1088.

(11) R., p. 452.

(12) Arrêt *Ferré de Perroux*, 4 Novembre 1921. R., p. 911.

(13) R., p. 602.

tion à laquelle lui donnait droit l'arrêt dont il bénéficiait. Une telle négligence volontaire se rencontrera plus fréquemment encore dans le cas où l'Administration sera tenue de réviser la carrière d'un fonctionnaire ou de tout un cadre, obligation qui lui incombe à la suite de certaines décisions (14). Nous retiendrons les motifs d'un arrêt du 3 février 1937, *Demoiselle Blanchier* (15), qui sont caractéristiques : « Il résulte de l'instruction que la requérante n'a été que *partiellement* réintégrée dans ses fonctions et qu'il ne lui a été restitué que des attributions *diminuées*. »

La Puissance Publique n'hésite donc pas à écarter les conséquences des arrêts de justice qui lui déplaisent ; et dans la mesure où le doute peut subsister à ce sujet, les circonstances de l'affaire *Laurent* du 27 janvier 1937 (16), le feront disparaître : le Ministre de la Santé Publique avait exclu ce médecin de toute participation à un service d'Etat, sans négliger de donner une large publicité à cette mesure. Or, après l'annulation de cette décision par

(14) Nous examinerons plus loin cet aspect positif de la chose jugée. Nous ne retenons ici que les cas où l'Administration tente de se dérober à son devoir en ne prenant qu'une partie des mesures nécessaires : telle est l'attitude révélée par l'arrêt du 25 avril 1934. *Chavériat*. R., p. 469 : Le Conseil d'Etat avait annulé un concours pour la nomination d'ingénieurs adjoints des Travaux Publics de la Ville de Paris, le requérant ayant été irrégulièrement exclu de la liste d'admissibilité. A la suite de cette décision, l'Administration se borne à reporter son entrée dans le cadre à une date antérieure sans rechercher les conséquences possibles de cette plus grande ancienneté sur les avancements ultérieurs dont il aurait pu bénéficier, d'autant plus que l'exécution s'est faite avec un notable retard.

(15) R., p. 147 ; cf. également un arrêt *Blanc* du 8 Décembre 1937, p. 1003.

(16) R., p. 124.

le Conseil d'Etat et sa signification au Préfet par le requérant, l'Administration omet volontairement de porter l'irrégularité qu'elle a commise à la connaissance de ceux qu'elle avait informés lorsqu'elle prit la mesure irrégulière.

§ 2. — *Les retards.* C'est un moyen très efficace de faire indirectement obstacle à la chose jugée que de ne l'exécuter qu'avec des lenteurs excessives ; sans jamais s'insurger ouvertement contre la décision du juge, sans jamais opposer de refus, ni prendre de mesures contraires, il est possible de multiplier les délais d'exécution au point de la rendre inopérante.

L'exemple le plus célèbre est sans doute l'affaire *Daroux* du 26 juin 1908 (17), que nous examinerons d'un autre point de vue, qui nous montre le créancier d'une commune n'ayant pu obtenir le paiement de sa créance 34 ans après la délivrance du titre exécutoire.

Ailleurs, les requérants doivent attendre 2 ans la délivrance d'une autorisation d'établissement incommode à durée illimitée, alors que l'arrêt ne laissait aucun doute sur l'obligation de la délivrer (18).

L'Administration n'hésite pas, en effet, à recourir à des « délais injustifiés » (19) qui lui assurent une impunité de fait pendant une assez longue période.

§ 3. — *La ruse dans l'exécution.* L'Administration ne recule pas devant l'emploi de la ruse pour tenter de se soustraire, sans aucun risque, aux obligations qui lui

(17) S. 1909-3-129. Le requérant était en effet porteur d'un titre exécutoire depuis 1874 !

(18) *Société Lustria, Chapal et Cie*, 31 Janvier 1936, R., p. 148.

(19) Cf. les motifs de l'arrêt *Mary* du 2 Février 1938, R., p. 114.

sont imposées par la décision du juge. Par une utilisation en apparence normale de ses pouvoirs, l'autorité condamnée parvient à éluder totalement les conséquences de l'arrêt qui la frappe, manœuvre habile et parfois difficile à déceler.

Le procédé le plus simple consiste à faire disparaître toutes les traces visibles de la décision irrégulière, mais de maintenir, en fait, ses conséquences. Les suites données à l'arrêt *de Pressensé et Morhardt* du 2 juin 1911, commenté par M. Jèze (20), sont significatives à cet égard : le Conseil d'Etat avait annulé, pour excès de pouvoir, un arrêté du Préfet de Police et une délibération du Conseil Municipal de Paris relatives à la constitution d'un « tribunal des mœurs » qui serait compétent en matière de prostitution. A la suite de l'arrêt, les crédits inscrits furent supprimés, le « tribunal des mœurs » dissous, mais il ne fait pas de doute qu'il subsista, sans existence légale.

Mais ce moyen présente le grave défaut de l'instabilité ; aussi l'Administration songe-t-elle, parfois, à éluder la chose jugée d'une manière définitive. Une décision individuelle est frappée d'annulation ; n'est-il pas tentant d'établir une réglementation générale qui produira par ses applications particulières, le résultat souhaité ? Les agents administratifs succombent bien souvent à cette tentation en matière de police ; dans l'affaire *Demoiselle Noualhier*, après annulation en 1899 (21), d'un arrêté individuel interdisant à la requérante de recevoir chez elle aucune personne atteinte de tuberculose ou autre maladie contagieuse, le Maire s'efforce d'atteindre ce même résultat

(20) R.D.P. 1911, p. 690. Jèze « Le régime juridique de la prostitution ».

(21) S. 1899-3-1, 2^{me} espèce.

par le moyen d'une réglementation générale (22). Il en va de même lorsque sont annulées des décisions individuelles concernant la situation des fonctionnaires : puisque ces décisions ont été déclarées contraires à la règle de droit, il suffit de modifier celle-ci pour réaliser le but visé, sans risque, semble-t-il, de sanction (23). L'Administration n'a pas manqué, d'ailleurs, d'utiliser le même procédé dans le sens inverse, c'est-à-dire de prendre un grand nombre de mesures individuelles pour rétablir les effets d'une réglementation générale annulée (24).

Enfin, il ne faut pas omettre dans l'énoncé des ruses administratives, ces procédés qui sont la monnaie courante de la lutte entre les particuliers et la Puissance Publique : une révocation est irrégulière, le fonctionnaire est docilement réintégré ; puis soudain, pour un autre motif, il se voit révoqué de nouveau, ou son emploi est supprimé ; et l'Administration s'arme parfois de patience pour aboutir au résultat visé en échappant à toute sanction : n'est-ce pas plus *d'un an* après avoir pris un arrêté de reclassement d'un fonctionnaire en exécution de la chose jugée qu'un gouverneur de Colonie retira cette mesure (25) ?

Ainsi l'Administration fait preuve d'une très grande ingéniosité lorsqu'elle décide de ne pas observer les déci-

(22) S. 1904-3-141.

(23) Nous en rencontrerons des exemples dans l'affaire *Botton* du 8 Avril 1938. D. P. 1939-3-40, où fut pris un *décret* pour méconnaître la chose jugée et dans l'affaire *Amicale des Greffiers de l'Algérie* du 19 Octobre 1938, R., p. 767, qui nous retiendront plus longuement ailleurs.

(24) 4 Mars 1938. *Fédération nationale des transporteurs de France*.

(25) Arrêt *Virtos*, 27 Juillet 1935, R., p. 914.

sions des juges. Au risque de conclure par une observation pessimiste, il nous faut signaler que, parfois, c'est le pouvoir de tutelle lui-même qui vient paralyser l'exécution des arrêts, alors que l'autorité directement visée faisait preuve de soumission : c'est ainsi qu'en 1919 la Commission administrative du bureau de bienfaisance de la commune de Sospel vote un crédit destiné à exécuter un legs fait aux pauvres de la commune par l'intermédiaire du curé, à la suite d'une décision du juge de paix ; mais une telle délibération ne pouvait être exécutoire qu'après l'approbation du Préfet qui parvint, en la refusant, à rendre inopérante la décision de justice (26). Ailleurs enfin, ce même pouvoir de tutelle se rend complice de l'inexécution en refusant d'intervenir alors qu'il était compétent pour sanctionner les actes positifs ou les abstentions contraires à la chose jugée.

Nous venons de parcourir les divers procédés auxquels recourt habituellement la Puissance Publique, lorsqu'elle veut échapper aux suites des décisions de justice. Notre tâche est désormais tout indiquée : Comment le Conseil d'Etat peut-il vaincre cette opposition directe ou indirecte ?

(26) Ce sont les circonstances de l'affaire *Abbé Toesca* du 8 août 1919, R., p. 740.

TROISIEME PARTIE

LES EFFORTS DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT

Connaissant les procédés qu'utilisent les autorités administratives, tenant compte d'autre part de la limite de ses pouvoirs, le Conseil d'Etat est parvenu à construire un réseau assez complet de voies juridiques par lesquelles il sanctionne la méconnaissance de la chose jugée, bien que des lacunes subsistent encore.

Nous nous efforcerons, dans l'étude qui va suivre, de mettre en lumière ces diverses armes, mais par ce classement nous leur ferons perdre un de leurs aspects les plus caractéristiques, *la souplesse* avec laquelle le juge les utilise ; ce sont en effet des produits de la pratique jurisprudentielle, modifiés, retouchés à la mesure des nécessités que soulèvent les cas d'espèce, qu'il est assez délicat d'isoler dans des rubriques séparées ; c'est cependant ce que la clarté de l'exposé nous conduit à faire, en les groupant sous deux chefs distincts : les *sanctions répressives* qui interviennent en principe pour réprimer la méconnaissance d'un arrêt antérieur, et les *sanctions préventives* destinées à garantir l'exécution dans l'avenir d'une décision actuelle. Mais il sera nécessaire de garder

présente à l'esprit cette notion très importante qu'une *collaboration constante des divers procédés* se manifeste dans les arrêts du Conseil ; d'une part, le juge n'hésite pas à recourir à plusieurs d'entre eux dans une même décision : ainsi, après avoir annulé l'acte contraire à la chose jugée — sanction répressive — il achève le dispositif de son nouvel arrêt par un « renvoi » devant l'Administration — moyen de prévenir, dans une certaine mesure, une nouvelle inexécution — ; d'autre part, certains moyens revêtiront un caractère tantôt préventif, tantôt répressif, suivant les circonstances dans lesquelles ils seront employés : telle est « l'affirmation du droit du requérant » ; introduite dans l'arrêt même qu'il s'agit de faire respecter, elle aura pour effet de mettre l'accent sur l'obligation qui pèse sur l'Administration ; placée dans une décision qui statue sur la méconnaissance de la chose jugée, elle prendra le sens d'un blâme, d'une sanction répressive.

Ce n'est qu'au prix de ces observations très importantes qu'une étude de la jurisprudence en la matière peut avoir quelque valeur : la complexité des cas d'espèce ne permet une classification suffisamment nette qu'après une sévère sélection des dispositions qu'ils comportent.

Peut-on dégager *quelques traits généraux*, quelques fils qui nous conduiront à travers la multiplicité et la diversité des décisions du juge administratif ?

Il semble, tout d'abord, qu'au cours de ces dernières années, le Conseil d'Etat se soit rappelé qu'il n'est pas seulement une juridiction, mais une *juridiction administrative* ; mettant à profit ce fait qu'il n'est pas entièrement séparé de l'Administration, il agit parfois envers elle avec l'énergie d'une autorité supérieure. Ce ne sont là

que des manifestations sporadiques, dans des cas particuliers, qui ne traduisent sans doute pas une prise de position systématique du Conseil qui se considérerait comme un juge, mais aussi comme un supérieur hiérarchique (1). Mais nous rencontrerons certaines décisions comportant de véritables ordres, et même des substitutions d'action, qui ne peuvent pas se concilier avec le principe de l'indépendance de l'Administration. Faut-il y voir un dépassement de son rôle par le juge administratif, ou faut-il admettre que sur ce point la règle générale est écartée ? Nous en déciderons .

Mais une autre constatation se dégage de l'examen de la jurisprudence ; nous y puisons l'exemple d'un puissant travail, élaboré pierre à pierre sous la pression des nécessités successives. Si peu de procédés nouveaux ont vu le jour, ceux dont disposait le Conseil d'Etat ont acquis un tel degré de précision, ils sont parvenus à enserrer l'action ou l'inaction administrative dans un réseau juridique si étroit que le nombre des cas de méconnaissance des arrêts semble demeurer à peu près constant, malgré les sollicitations si puissantes vers l'insubordination qu'ont opérées, au cours de ces dernières années, les luttes politiques ou les problèmes difficiles de la gestion des services publics. Partout, nous constaterons ce même travail lent mais sûr, discret mais puissant, par lequel le Conseil d'Etat parvient à développer considérablement ses moyens de contrôle ou de pression ; nous aurons à suivre cette évolution à propos de chacun d'entre eux.

Auparavant, il nous semble nécessaire de préciser ce qu'entend le Conseil par la notion de *respect de la chose jugée* ; c'est la base de tout le système de sanctions, et nous verrons qu'elle-même a considérablement évolué.

(1) C'est la thèse défendue par M. Ladreit de Lacharrière, op. cit. Paris 1937.

CHAPITRE PREMIER

Le contenu de la chose jugée d'après le Conseil d'Etat pour ses propres arrêts

SECTION I

L'INTÉRÊT DE PRÉCISER CETTE NOTION

Le Conseil d'Etat apporte un soin de plus en plus net à définir les mesures qu'il entend voir prendre en exécution de ses arrêts, et c'est faire encore acte de juge . il lui appartient en effet, de tracer le cadre de légalité de l'action administrative.

Il y a, dans la précision de la notion de chose jugée à elle seule, *un moyen de pression très efficace*, une *sorte de sanction préventive*, puisque la force obligatoire qui, nous l'avons vu, s'y attache, constitue l'énoncé du devoir juridique de l'Administration. Or, l'ignorance est la porte ouverte de l'insubordination, le Conseil d'Etat s'est empressé de fermer cette porte dangereusement ouverte, en montrant à la Puissance Publique quel est son devoir dans l'affaire visée, ainsi que dans tous les cas analogues.

D'autre part, recherchant les moyens susceptibles d'assurer une prompte et correcte observation des arrêts, encore faut-il savoir ce qu'elle implique pour frapper les exécutions irrégulières. C'est donc bien *la clé de tout le*

système des sanctions répressives susceptibles d'intervenir tant par la voie du recours pour excès de pouvoir que par celle du contentieux de pleine juridiction.

Ces quelques observations mettent en lumière l'intérêt d'une jurisprudence nette, qui place les autorités administratives devant une sorte de tableau des obligations qui leur incombent à la suite des décisions du juge. Faut-il insister plus longuement, si nous songeons au caractère essentiellement jurisprudentiel du droit administratif ?

SECTION 2

OÙ SE TROUVE-T-ELLE ÉNONCÉE ?

Les arrêts du Conseil d'Etat peuvent-ils être considérés comme liant l'Administration, par leur contenu tout entier ou par celui du seul dispositif ? La question fut longtemps débattue en doctrine et présente une grande importance du fait de l'extrême concision de ce dernier. Elle est maintenant résolue depuis un arrêt du 26 juillet 1912, rendu sur recours en interprétation d'une décision antérieure, introduit par la *Compagnie des Chemins de Fer d'Orléans et du Midi* (1) qui déclare, suivant l'opinion du Commissaire du Gouvernement Riboulet que « si le dispositif emporte seul force de chose jugée, il est constant en droit commun, qu'il ne saurait être séparé des motifs qui lui servent de base lorsque ces motifs concourent à manifester la volonté du juge ». Dès lors, ce n'est pas respecter la chose jugée que de s'en tenir à la stricte observation du dispositif, parce que dans la mesure où les motifs font « manifestement corps » avec lui, ils participent à son caractère obligatoire. En conséquence, le Conseil d'Etat décide

(1) R., p. 889, cf. conclusions Riboulet, cf. aussi le commentaire de M. Marc Noël dans la R.D.P. 1924, p. 381.

qu'en l'espèce il y a chose jugée sur le point de droit, bien que la solution ne soit pas tout entière incluse dans le dispositif de l'arrêt antérieur.

Signalons, d'ailleurs, que certains arrêts, pour éviter toute erreur, indiquent la nécessité de s'appuyer, pour les exécuter, sur les indications données dans les considérants (2), qui acquièrent expressément la valeur de chose jugée.

SECTION 3

SON CONTENU

C'est maintenant l'*aspect concret* de la chose jugée que nous abordons. Nous constaterons que le Conseil d'Etat s'est appliqué à dégager d'une façon de plus en plus précise les devoirs qui incombent à l'Administration à la suite de ses arrêts ; les uns sont négatifs, les autres positifs.

§ I. — *Les devoirs négatifs*. — « Le propre de la chose jugée est de s'imposer comme vérité légale » disait le commissaire du gouvernement Corneille dans ses conclusions de l'affaire *Toesca* du 8 août 1919 (3).

Il en résulte donc l'impossibilité pour les administrateurs de soulever de nouvelles contestations sur le point définitivement tranché : un arrêt *Epoux Muller* du 19 décembre 1930 (4), bien qu'il se rapporte à une décision définitive d'un tribunal de dommages de guerre, déclare

(2) 18 Mars 1931. *Béry*, R., p. 310. Le dispositif porte en effet que le requérant est renvoyé devant le Ministre des Pensions pour liquidation de sa pension « sur les bases ci-dessus indiquées », ce qui vise les motifs.

(3) R., p. 740. La décision de justice devenue définitive a force de vérité légale « quel qu'en soit le mérite », précise l'arrêt *Société Graf et Cie* du 29 juillet 1932, R., p. 823.

(4) R., p. 1088.

que le Ministre des Régions libérées ne pouvait invoquer l'incompétence du Tribunal pour refuser l'exécution. L'attitude du Conseil d'Etat eût été la même s'il se fût agi de l'un de ses arrêts.

Mais un autre devoir négatif pèse de toute évidence sur l'autorité administrative visée : elle doit s'abstenir de tout acte contraire à l'arrêt définitif, sous peine des sanctions que nous étudierons (5).

§ 2. — *Les devoirs positifs.* — L'exécution de nombreux arrêts emporte, en outre, l'obligation d'accomplir un certain nombre d'*actes*, implicitement indiqués dans la décision du juge, mais que le Conseil d'Etat s'est efforcé d'énumérer de plus en plus nettement.

S'agissant d'une condamnation pécuniaire, et par conséquent du contentieux de pleine juridiction, la question ne présente pas encore de grande difficulté : l'Administration devra mettre en mouvement le mécanisme de liquidation et d'ordonnancement des dettes publiques. D'ailleurs, le « plein contentieux » permet au Conseil d'Etat une action très large, parce que le requérant et l'Administration se présentent encore sous l'aspect de *parties* invoquant leurs droits respectifs sur un plan d'égalité ; la loi précise parfois l'étendue de ces pouvoirs, par exemple l'article 8 de la loi du 9 décembre 1905, concernant le contrôle de la dévolution des biens ecclésiastiques aux associations culturelles. Dans ses conclusions sous l'affaire *Rougegré*, du 28 juillet 1911, M. Chardenet souligne cette différence avec le contentieux de l'excès de pouvoir. Dans ce dernier, il n'y a plus, en effet, de véritables *parties* en présence,

(5) Cf. 17 mars 1911 *Abbé Hardel R.*, p. 350, en ce qui concerne le respect dû à une décision du juge judiciaire.

selon les termes de M. Hauriou dans sa note sous les arrêts *Denis* et *Rage-Roblot* déjà cités, mais une *autorité* en face de ses subordonnés.

Le problème n'est donc pas le même lorsqu'intervient l'annulation d'un acte ou d'un refus : dans le cas où le principe n'est pas susceptible de nuire aux tiers, et n'est pas incompatible avec un fonctionnement normal des services publics, le Conseil d'Etat a pu dire que la mesure irrégulière doit être considérée comme n'ayant jamais existé ; l'Administration doit alors s'efforcer d'en faire disparaître les conséquences à l'égard de tous — puisque l'annulation vaut « *erga omnes* » —, de rétablir les rapports juridiques dans l'état où ils se seraient trouvés sans l'intervention de cette mesure irrégulière, et parfois même de créer telle situation nouvelle qu'un fonctionnement normal des services publics eût dû faire naître. C'est l'apparition de l'*aspect positif* de l'annulation pour excès de pouvoir, selon le mot de M. Hauriou, qui a permis au Conseil de dégager « les conséquences de droit qui découlent des constatations de droit » qu'il fait (6). Il n'attend plus qu'un recours soit formé contre un acte soupçonné de méconnaître la chose jugée : il n'hésite pas maintenant, au terme d'une évolution qui s'est accélérée au cours de ces quinze dernières années, à mettre dès l'abord en lumière les obligations des autorités administratives. L'annulation des refus, comme l'annulation des actes ont désormais une signification positive très complète, puisque le Conseil lui-même invoque dans ses arrêts « les obligations résultant de ses décisions » (7).

(6) Cf. note Hauriou sous les arrêts *Denis* et *Rage-Roblot* au S. 1907-3-17.

(7) 28 Mai 1935, Graulier et Crozet, R., p. 606.

A. — LES CONSÉQUENCES DE L'ANNULATION D'UN REFUS : lorsque ce refus a été jugé au *fond* et que son maintien méconnaîtrait un droit du particulier, il ne fait pas de doute qu'elle mette l'Administration dans l'obligation d'accomplir l'acte. Dès le 30 novembre 1906, dans deux arrêts célèbres, que nous rencontrerons plus loin, *Denis* et *Rage-Roblot* (8), le Conseil d'Etat indiquait qu'il entendait voir se réaliser cette conséquence positive ; après avoir annulé les arrêtés préfectoraux refusant d'accorder aux industriels et commerçants qui remplissaient les conditions exigées par la loi du 13 juillet 1906, les autorisations de donner à leur personnel le repos hebdomadaire par roulement, il indique, en effet, que les requérants « ont droit » à ces autorisations. C'est l'acte même qui n'a pas été accompli, qui doit l'être : si c'est un refus d'instruire une candidature, par exemple, qui se trouve frappé d'irrégularité, seul l'examen de celle-ci devient obligatoire, sans préjuger aucunement de la décision à prendre. La différence apparaît dans le rapprochement des arrêts qui annulent les refus de délivrer les alignements et ceux qui annulent les refus d'accorder des permissions de voirie : dans le premier cas, le particulier peut avoir *droit* à l'alignement et l'annulation du refus emportera l'obligation de le lui délivrer (9) ; dans le second cas, au contraire, l'irrégularité du refus ne peut obliger l'Administration qu'à reprendre l'instruction de la demande, avec la faculté d'opposer un nouveau refus, régulier (10). Nous citerons, enfin, l'arrêt *Stéphan* du 28 février 1930 (11), concernant

(8) S. 1907-3-17.

(9) 17 Février 1939. Corniquet, R., p. 95.

(10) 11 Avril 1913. Cie des Tramways de l'Est Parisien. S. 1914-3-113.

(11) R., p. 237.

l'annulation d'un refus par le Ministre de délivrer une pension d'inscrit maritime, dont les dispositions indiquent nettement le sens de telles décisions : « les arrérages de la pension commencent à courir à partir du jour où la pension a été concédée ; cette disposition doit s'entendre, dans le cas où le droit à pension *est reconnu par une décision du Conseil d'Etat annulant une décision de rejet du Ministre*, du jour où a été prise la décision ministérielle annulée » (12).

B. — LES CONSÉQUENCES DE L'ANNULATION D'UN ACTE POSITIF. — L'acte irrégulier disparaît, mais très souvent la situation juridique n'en est pas pour autant rétablie. Il peut être nécessaire à la marche du service public de lui substituer une nouvelle mesure ; en outre, il est possible que les deux modifications intervenues dans l'ordonnancement juridique — la décision, puis son annulation par le juge — aient intéressé plusieurs particuliers : plusieurs actes seront nécessaires pour faire naître une situation conforme à la règle de droit. Il y a donc pour l'Administration *un devoir positif très étendu* dans certaines matières, que le Conseil d'Etat s'est appliqué à préciser : en même temps qu'une *aide* de grande valeur, puisque les problèmes de droit posés par la gestion des services publics sont parfois très délicats, c'est un *moyen de pression* indirect, mais efficace : est-il possible de faire preuve avec désinvolture d'une mauvaise foi trop évidente quand le devoir juridique est nettement tracé par une jurispru-

(12) Voir encore 20 Mars 1930, *Coletidot*, R., p. 324, l'annulation d'une décision implicite de rejet résultant d'un retard apporté à l'avancement d'un fonctionnaire implique la nécessité de procéder à cet avancement avec toutes conséquences de droit. 7 février 1930, *Antoine*, R., p. 149 : l'annulation d'un refus de classement *vaut reconnaissance du droit audit classement*.

dence précise ? Nous remarquerons d'ailleurs que celle-ci atteint son développement le plus étendu dans les affaires qui concernent le statut des fonctionnaires, à raison de l'existence de *cadres* au sein desquels toute décision intéressant un agent touche en même temps les autres.

Que signifie donc, d'après le Conseil d'Etat, l'annulation d'un acte à contenu positif ?

a) elle implique d'abord, *la nullité de toutes les décisions postérieures fondées sur la mesure irrégulière*, donc l'obligation de les faire disparaître. Toutefois, cette première obligation n'est pas toujours absolue, la nécessité d'assurer un fonctionnement normal des services publics venant parfois s'opposer à ce que toutes les conséquences logiques en soient rigoureusement mises en œuvre : c'est ainsi que la théorie des fonctionnaires de fait, permet de tenir pour valables les décisions prises par un agent dont l'investiture fut reconnue, par la suite, irrégulière. Cependant, l'on revient à la règle énoncée, quand l'intérêt du service ne s'y oppose pas, et que le maintien des mesures fondées sur l'acte nul créerait des situations juridiques non conformes aux règles légales ; par exemple, des arrêtés de concession et de liquidation de pension ayant été pris à la suite d'une mise à la retraite doivent être rapportés, celle-ci ayant été déclarée irrégulière (13) ; il en sera de même pour une mise en disponibilité qui n'était motivée que par une mesure antérieure, après l'annulation de celle-ci par le Conseil d'Etat (14).

La répercussion des arrêts peut d'ailleurs s'étendre fort loin, comme nous le montre la décision du 1^{er} juillet 1932, *Association des chefs, sous-chefs et rédacteurs de la Pré-*

(13) 20 Février 1930. *Némausat*, R., p. 196.

(14) 17 Mai 1934. *Lehanneur*, R., p. 571.

fecture de Police (15) : une liste d'aptitude au grade de chef de bureau est entachée d'irrégularité ; en application, toutes les décisions individuelles basées sur ladite liste devaient être retirées ; et plus encore, le même sort devait être fait aux mesures individuelles prises sur le vu des listes d'aptitude *non annulées*, dans le cas où l'inscription sur ces listes n'avait été qu'une conséquence, par la voie du report d'office prévu par la loi, de l'inscription sur la liste annulée. L'on voit par là, combien le vice d'excès de pouvoir peut se transmettre à toute une suite d'actes administratifs, qui devront disparaître au même titre que celui qui fut directement visé ; étant liés les uns aux autres, l'un d'eux entraînera dans sa chute ceux qui le suivent. C'est ce que nous montre la jurisprudence relative aux promotions réalisées par permutation : l'annulation de l'une implique celle de l'autre, parce qu'elles constituent, selon les termes de l'arrêt *Delmas* du 28 février 1934 (16), un « ensemble indivisible ».

Nous terminerons l'exposé de ce premier aspect du devoir positif de l'Administration en nous référant aux termes de l'arrêt *Hollender* du 20 janvier 1939 (17) qui marquent la force avec laquelle, dans le dernier état de sa jurisprudence, le Conseil d'Etat souligne les mesures à prendre : une décision antérieure avait annulé le déplacement d'un receveur des Postes de Colmar à Hautmont ; le présent arrêt déclare que l'exécution de cette décision « *comportait nécessairement* » l'obligation de replacer le requérant au poste qu'il occupait à Colmar « et *par suite*,

(15) R. p. 657. 1re et 2me espèces.

(16) R., p. 278. Le Conseil d'Etat ajoute que, tant que l'une des décisions n'est pas définitive l'autre ne saurait l'être, ce qui explique leur chute commune.

(17) R., p. 20 et R.D.P. 1939, p. 365,

alors même qu'elle n'aurait pas été déférée au Conseil d'Etat *l'annulation de la décision... par laquelle ledit poste a été pourvu d'un titulaire* ». Les conséquences de la chose jugée sont donc parfois très étendues puisqu'il ne s'agit ici que d'une mesure partiellement fondée sur l'acte irrégulier : elle n'a pu, cependant, devenir définitive, alors que celle qui la précédait et la motivait en partie, se trouvait nulle. Nous voyons avec quelle netteté la jurisprudence met en lumière la force de la chose jugée qui renverse toutes les mesures susceptibles de s'opposer à la réalisation de son aspect positif.

b) elle fait naître, d'autre part, *l'obligation de rétablir la situation juridique antérieure* qu'avait modifiée la décision irrégulière. Ainsi, l'inscription d'office par le Préfet d'une dette au budget d'une commune ayant été reconnue illégale, ce même Préfet devait ordonner le remboursement de la somme à la commune intéressée (18). La matière du statut des fonctionnaires est, ici encore, la plus riche en exemples de l'aspect positif de l'arrêt d'annulation ; aux termes d'une décision *Viaud dit Loti* du 30 novembre 1900 (19), il « ne produirait pas à l'égard des requérants, toutes les conséquences juridiques qu'il comporte, si ces derniers n'étaient remis en possession de tous les avantages légaux dont les décisions annulées les avaient privés » ; en conséquence, la mise à la retraite d'office du sieur Viaud ayant été frappée de nullité « cet officier doit être regardé comme n'ayant jamais cessé de faire partie du cadre des lieutenants de vaisseau en activité », et « son ancienneté doit compter du 22 avril 1898, jour où il eut été régulièrement promu si la décision

(18) 13 Février 1935. Ville de Castelnaudary, R., p. 187.

(19) S. 1903-3-23, Conclusions Saint-Paul,

annulée n'avait jamais existé ». Plusieurs décisions soulignent avec force que les mesures irrégulières doivent ainsi disparaître : s'agissant d'une mise à la retraite (20) ou d'un déplacement d'office (21) irréguliers, la réintégration du fonctionnaire à dater de l'acte annulé est la conséquence de droit de l'arrêt ; et même dans le cas où un officier aurait été radié des matricules de l'ordre de la Légion d'honneur, à la suite d'une révocation reconnue irrégulière, il devrait y être rétabli (22). C'est l'expression dans les faits de cette règle que l'acte entaché d'excès de pouvoir est censé n'être jamais intervenu.

c) mais l'application étendue de ce principe a conduit le Conseil à pousser plus loin ses conclusions : *dans certains cas*, la situation juridique ne serait pas telle qu'elle eût été sans l'intervention de la mesure irrégulière, si l'Administration se bornait à la rétablir dans son aspect antérieur ; dans la période qui sépare l'acte de son annulation, les transformations qu'elle a subies ont été conditionnées par cet acte, alors qu'elles auraient été différentes sans son apparition. Nous retrouvons ici la matière très importante et très complexe du statut des fonctionnaires, avec ses règles de promotions, d'avancements, d'avantages de carrière ; l'application en est déterminée par des mesures successives, de sorte que l'irrégularité de l'une d'elles peut entraîner la disparition de celles qui la suivent, c'est un point que nous avons étudié. Mais le Conseil

(20) 19 Juin 1903. Colonel Ledochowski, R., p. 453.

(21) 15 Janvier 1936, Quinemant, R., p. 57. La formule y est particulièrement impérative : « La décision rendue par le Conseil d'Etat comportait nécessairement la réintégration du sieur Quinemant » : les suites positives des arrêts d'annulation n'en sont plus de simples conséquences, mais sont intégrées dans la décision elle-même.

(22) 4 Novembre 1921. Ferré de Perroux, R., p. 911.

d'Etat a dégagé cette autre idée que la carrière de l'agent doit se poursuivre sans interruption, qu'elle doit présenter une *certaine continuité* : le simple rétablissement de la situation antérieure ne constituerait donc pas une complète exécution de la chose jugée. C'est là qu'intervient la très intéressante construction jurisprudentielle connue sous le nom de « *reconstitution de carrière* » (23).

Cette jurisprudence constitue un progrès considérable dans la détermination du « caractère dynamique » de la chose jugée, en ce qui concerne tant la situation de carrière que les avantages pécuniaires en résultant, mais elle a elle-même considérablement évolué.

Elle fut introduite par le célèbre arrêt *Rodière* du 26 décembre 1925 (24) : par un arrêt du 13 mars 1925, les avancements de classe de trois fonctionnaires du service des Régions libérées sont déclarés irréguliers ; le requérant soutient que la chose jugée exigeait que le Ministre replaçât les intéressés dans l'exacte situation où ils se trouvaient à l'époque où avait été constitué le tableau d'avancement annulé. Mais à cette thèse, le Conseil répond, dans sa nouvelle décision, que « s'il est de principe que les règlements et les décisions de l'autorité administrative ne peuvent statuer que pour l'avenir, cette règle comporte évidemment une exception (25), lorsque ces déci-

(23) Voir sur ce point, ainsi que sur l'ensemble du contentieux de l'excès de pouvoir concernant le statut des fonctionnaires la thèse de M. *Jean Spach* sur « Les suites de l'annulation d'une nomination, promotion, révocation ou mise à la retraite ». Strasbourg 1936. Voir également Jèze « Principes généraux du droit administratif ». Tome 2, p. 529 et s.

(24) D.H. 1926, p. 70; R.D.P. 1926, p. 32, note Jèze et conclusions Cahen-Salvador.

(25) Il s'agit bien d'une exception puisque la jurisprudence annule toute mesure qui, hormis ce cas où la prévision de la

sions sont prises en exécution d'un arrêt du Conseil d'Etat... à raison même de ce fait que les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus ». Dans la matière, il en résulte que « l'Administration est *tenue* de restituer *l'avancement à l'ancienneté* dans les conditions prévues par les règlements » et que « *pour l'avancement au choix* elle doit pouvoir procurer aux intéressés... un avancement compatible, tant avec la chose jugée par le Conseil, qu'avec les autres droits individuels ». Et l'étendue de ce devoir de révision nous est précisé, puisqu'aux termes de la décision « il appartient à l'Administration *de* procéder à un examen *d'ensemble* de la situation du personnel touché directement ou indirectement par l'arrêt du Conseil », et de prononcer « tous *reclassements* utiles afin de *reconstituer la carrière du fonctionnaire* » dans les conditions où elle se serait normalement poursuivie si aucune irrégularité n'avait été commise : l'agent a droit, en effet, à un certain développement normal, à une certaine *continuité* de sa carrière.

Nous avons reproduit assez largement les termes de cet arrêt de principe parce qu'ils sont très importants quant aux innovations qu'ils apportent, essentiellement cette obligation d'assurer la continuité de la carrière à la suite des décisions du juge, par une intervention *rétroactive* qui peut être très étendue. Nous sommes bien loin de la simple nécessité de faire disparaître l'acte irrégulier puisqu'il s'agit maintenant de l'obligation d'y substituer des mesures nouvelles, intéressant non seulement le requérant, mais *d'autres agents* qui n'étaient pas inscrits sur la

loi, aurait un caractère rétroactif : ex. : 4 Mars 1927, Kineider, R., p. 281.

première requête et qui pourraient voir porter atteinte même à leurs *droits acquis* (26).

L'exécution de ce devoir se fait d'ailleurs « sous le contrôle du Conseil au Contentieux », ce qui lui a permis de préciser encore les conséquences qu'il attache à ses décisions. Il entend que ce procédé, qui vise à réaliser une exécution complète de la chose jugée, n'aboutisse pas à l'é luder (27). D'autre part, cette obligation positive doit être scrupuleusement remplie, même en la forme (28).

(26) Sur cette jurisprudence fort intéressante que nous n'abordons, ici, que sous l'aspect du devoir juridique issu de la chose jugée, cf., Jèze, op. cit. p. 533 et thèse de J. Spach op. cit. La même règle de la « reconstitution de carrière » s'applique quand l'annulation frappe tant les décisions qui attribuaient au fonctionnaire des avantages auxquels il n'avait pas droit que celles qui le privaient d'avantages auxquels il avait droit (op. cit. p. 29 et s.). Nommé à un poste supérieur irrégulièrement, le fonctionnaire doit en être privé, mais il lui sera tenu compte des avantages de carrière qu'il eût obtenus entre temps au poste inférieur; exclu irrégulièrement de l'Administration, il y sera réintégré mais avec restitution des avantages qu'il eût acquis s'il avait poursuivi l'exercice de ses fonctions : cf. 13 Novembre 1935 *Demoiselle Mertel*, R., p. 1054 : la durée de la privation d'emploi entrera en compte pour la mise à la retraite. Et cette révision intéressera les carrières des divers agents touchés par l'exécution de la chose jugée au nom de laquelle il pourra être porté atteinte aux droits acquis sous réserve de compensation suffisante.

Les principes dégagés dans l'arrêt Rodière ont été réaffirmés sous la même forme, dans de nombreuses autres décisions, par exemple : 26 Mars 1926, Lasserteux, R., p. 361; 16 Mars 1927, Lozach, R., p. 332; 7 Février 1930, Antoine, R., p. 149; 26 Décembre 1930, Naudascher, R., p. 1112; 25 Mai 1932, Brisson, R., p. 505; 29 Juillet 1932, Association des fonctionnaires de la Marine, R., p. 825; 25 Avril 1934, Chavériat, R., p. 469; 21 Juin 1935, Nicoli R., p. 700; 10 Juillet 1935, Rocca Serra, R., p. 793.

(27) 26 Juillet 1930, Bénejam, R., p. 827.

(28) 17 Juin 1921, Robert, R., p. 603.

Puis, dans l'affaire *Allilaire* du 3 mars 1933 (29), s'est posé le problème de l'influence de la chose jugée sur une peine disciplinaire appliquée après une promotion illégale : la révision de la peine — sans appréciation nouvelle de la gravité des faits — doit être incluse dans les opérations de reconstitution de carrière, afin d'adapter la sanction à la nouvelle situation de l'agent.

Signalons enfin que cette reconstitution de carrière se manifeste également au point de vue de la situation pécuniaire du fonctionnaire irrégulièrement exclu du service qui doit percevoir le traitement afférent à l'emploi que l'exécution de la décision lui restituera, et ceci, en principe, avec le même effet rétroactif que le reclassement. Mais une évolution s'est produite en la matière : la jurisprudence appliqua pendant de nombreuses années ce « système du traitement » comme conséquence de la chose jugée en ce qui concernait les fonctionnaires dotés d'un statut, auxquels l'Administration devait restituer leurs émoluments depuis la date de la mesure irrégulière (30) ; mais les vices du système apparurent : il ne tenait pas compte du préjudice réellement subi, ni des fautes commises par le fonctionnaire lui-même ; il méconnaissait la règle qui interdit la perception d'un traitement en l'absence de service fait ; aussi, depuis l'arrêt *Deberles* du

(29) 3 Mars 1933. *Allilaire*. D. 1933-3-45. Note Valensi; cf. le commentaire qu'en donne M. Spach dans sa thèse: op. cit., p. 40-42.

(30) Cf. les arrêts : du 9 Juin 1898, *Viaud*, R., p. 421; 29 Octobre 1926, *Peureau*, R., p. 913; 3 Août 1927, *Heusquin*, R., p. 917; 15 Mars 1929 *Jolivet*, R., p. 325; 18 Décembre 1929, *Héritiers Santarelli*, R., p. 1125; 18 Novembre 1931, *Thiant*, R., p. 993; 25 Mai 1932, *Laurent*, R., p. 501.

7 avril 1933 (31), la jurisprudence lui a-t-elle substitué le système dit *de l'indemnité* : l'Administration doit, en prenant en considération toutes les circonstances de l'affaire, accorder au fonctionnaire une exacte réparation du préjudice subi, sous le contrôle du Conseil d'Etat. Nous aurons à reprendre cette jurisprudence pour en apprécier la valeur comminatoire ; bien qu'elle soit parfaitement fondée en droit et en fait, elle affaiblit quelque peu, il faut le reconnaître, le caractère rigoureux et ferme que nous révélait jusqu'ici le déploiement des conséquences de la chose jugée.

d) que le devoir juridique qui incombe à l'Administration après un arrêt d'annulation comporte la nécessité de faire disparaître les mesures fondées sur l'acte irrégulier, ou l'obligation de rétablir l'état juridique antérieur, ou même de procéder à une reconstitution de carrière, il s'agit toujours de situation liées à la mesure annulée et résultant d'elle au moins partiellement ; c'est pourquoi elles se trouvent atteintes par l'exécution de l'arrêt.

Mais tout autre est l'obligation juridique nouvelle qu'une jurisprudence récente met à la charge de l'Administration, dans cette matière du statut des fonctionnaires où le Conseil d'Etat a déjà fait œuvre si étendue : un arrêt *Glou* du 26 janvier 1934 (32), affirme, en effet, pour la

(31) S. 1933-3-68 : c'est l'extension aux fonctionnaires possédant un statut du système appliqué antérieurement aux seuls agents qui n'en étaient pas dotés. Voir aussi 11 Juillet 1933 Domergue, R., p. 766; 19 Juillet 1933, Scherer, R., p. 793; 6 Mars 1935, Ville de Clichy, R., p. 286.

(32) R., p. 134. Voir dans le même sens : 21 Juillet 1934, Gouvernement Général de l'Indochine, R., p. 852; Le Loir, 15 Mars 1935, R., p. 350; 4 Juin 1935, Barriot, R., p. 645; 27 Novembre 1935, Parateau, R., p. 1106.

première fois, qu'il incombe à l'Administration de « réformer aussi, *alors même qu'ils n'avaient fait l'objet d'aucun recours dans le délai légal, les arrêtés comportant la même erreur de droit* que celle qui a entraîné l'annulation de l'arrêté attaqué ». Il s'agit, ici, d'actes *identiques* à celui frappé d'annulation, mais sans lien direct avec lui, si ce n'est cette « connexité qui existe entre les divers actes individuels fixant l'ancienneté des agents d'un même cadre », invoquée par le Conseil d'Etat.

Le fondement de ce nouveau principe serait la nécessité d'appliquer un statut uniforme aux agents d'un même cadre ((33), un souci de réaliser une certaine égalité entre eux. Il serait une manifestation du caractère de généralité des arrêts d'annulation.

Mais ce système, pour équitable qu'il puisse être, n'en est pas moins difficile à concilier avec le rôle du juge de l'excès de pouvoir. Il néglige tout d'abord, la théorie toujours en vigueur selon laquelle le retrait des actes illégaux ne peut être effectué que dans les délais du recours contentieux ; invoquera-t-on la possibilité pour l'Administration de prendre des mesures rétroactives pour exécuter les décisions du juge ? Mais peut-on dire qu'il y a, ici, chose jugée, puisque ces actes ne sont plus susceptibles de recours ; en outre, ils ne sont pas de ceux que peuvent rencontrer les mesures d'exécution à l'égard du requérant. Le Conseil d'Etat en interprétant de la sorte le sens de la chose jugée ne statue-t-il pas implicitement « *ultra petita* » ? Ne peut-on pas dire qu'il se saisit d'office, à tout le moins par des voies détournées ? Il ne présente plus alors les seuls caractères d'un juge, mais encore ceux

(33) Cf. sur cette jurisprudence la thèse déjà citée de M. Spach, p. 82-85.

d'une autorité disposant d'un certain pouvoir de tutelle, au bénéfice de la position intermédiaire qu'il occupe encore dans le droit positif ; on a pu dire que le Conseil accomplit une œuvre de « direction de l'activité administrative », qu'il établit parfois une véritable réglementation (34) : cette jurisprudence en est un exemple assez frappant.

Les conséquences de ce nouveau système seraient cependant très discutables si son application était généralisée, mais le Conseil en a limité tant le domaine que la portée : bien que posant la condition peu précise d'une connexité nécessaire entre les actes, il restreint en fait l'obligation du retrait des actes identiques aux arrêtés qui fixent l'ancienneté des agents d'un même cadre. Enfin, des arrêts plus récents sont venus préciser que les retraits ou les révisions d'actes analogues n'ont pour objet que de « déterminer selon des procédés uniformes, la situation actuelle des divers agents et ne peuvent comporter d'effet rétroactif ». Nous remarquerons cependant combien le caractère « réglementaire » de la chose jugée en matière de recours pour excès de pouvoir, s'en trouve encore renforcé : les agents ayant formé recours et ceux qui bénéficient indirectement de l'arrêt jouiront d'une situation de carrière semblable ; mais les avantages pécuniaires pourront être différents, le bénéfice du recours n'étant pas généralisé à ce point de vue (35).

Cette dernière construction jurisprudentielle nous montre, une fois de plus, le travail constant du Conseil pour préciser et renforcer la notion de chose jugée. Nous

(34) Maspétiol et Laroque « La tutelle administrative », p. 178.

(35) 8 Juillet 1936, Vespérini, R., p. 747; 27 Janvier 1937, Tourneur, R., p. 118; 12 Février 1937, Bouhet, R., p. 193; 20 Octobre 1937, Ducarme et Vernis, R., p. 827.

avons tenté d'en apercevoir les différents aspects et d'en mesurer l'étendue, parfois considérable, parfois excessive, peut-on dire, puisqu'elle prend, dans certains cas, figure de disposition réglementaire. Il y a donc là pour les arrêts *une puissance intrinsèque considérable* susceptible de réaliser une pression très forte — mais insuffisante on le voit bien. Y a-t-il des moyens plus directs qui permettent d'assurer l'obéissance à ce devoir juridique positif ?

CHAPITRE II

Les moyens préventifs destinés à assurer l'exécution de la chose jugée

Nous ne reviendrons pas ici sur la *pression morale* que constitue l'existence d'une jurisprudence aussi complète et ferme que celle que nous venons d'examiner. D'ailleurs, avec la précision beaucoup plus grande de ses arrêts, le Conseil ne recourt plus que très rarement à la simple invitation d'agir en tant que telle. Elle se manifestait alors dans les motifs seuls, principalement lorsque la requête concluait à l'obtention de mesures d'exécution, sous la forme générale suivante ; « il appartient à l'Administration de prendre les mesures propres à l'exécution de la chose jugée ».

Un tel moyen de pression pour garantir l'obéissance dans l'avenir à la décision actuellement rendue était bien insuffisant. D'autres moyens existent, fort heureusement, qui révèlent une tendance très nette soit vers l'injonction — sans en être une et tout en conservant une part de pression morale —, soit vers la contrainte par des moyens pécuniaires. Comme nous l'avons précédemment constaté sur d'autres points, chacun de ces procédés marque lui-même une évolution propre vers une précision plus grande.

Enfin, dans certains cas déterminés, le Conseil d'Etat semblant bousculer les principes généraux que nous avons examinés dans notre Première Partie, va jusqu'à lancer contre l'Administration de véritables injonctions, ou jusqu'à se substituer à elle.

SECTION I

LE RENVOI

L'Administration est seule compétente pour prendre les mesures d'exécution, avons-nous dit ; ce premier moyen de pression ne porte pas atteinte à la règle puisque le requérant se trouve *renvoyé* devant elle pour voir prendre les décisions nécessaires.

Nous reconnaissons dès lors, cette dualité de caractères que nous signalions dans les procédés utilisés par la jurisprudence : destiné en principe à rendre plus difficile l'insubordination des Administrateurs en mettant l'accent sur les obligations qui résultent de l'arrêt, le renvoi présente parfois les caractères d'une sanction répressive puisqu'il évoque expressément le devoir méconnu et place une nouvelle fois les autorités compétentes devant la nécessité de le respecter. Nous lui gardons cependant sa qualification de sanction préventive parce qu'il manifeste la volonté du Conseil de prévenir une nouvelle inexécution.

Ce procédé a pris un développement considérable dans le dernier état de la jurisprudence ; il n'a d'ailleurs pas été conçu spécialement pour assurer l'obéissance aux décisions du juge ; c'est le produit de l'adaptation à ce rôle d'un moyen souvent utilisé en d'autres matières : c'est ainsi que, dans le cas où l'instruction est insuffisante pour permettre au Conseil de déterminer lui-même l'in-

demnité due au requérant à la suite d'un accident imputable à la Puissance Publique, la victime est fréquemment renvoyée devant l'Administration pour cette évaluation, bien que le juge soit compétent pour procéder à cette opération (1). Dans ces matières, il ne s'agit évidemment pas de prévenir l'insubordination administrative, puisque le juge abandonne à l'agent d'exécution une partie de sa tâche.

Mais ce même procédé peut revêtir un caractère d'injonction partielle dans les cas où le Conseil, allant au contraire jusqu'à l'extrême limite de ses pouvoirs, semble dicter son rôle à l'Administration. Cette catégorie de renvois nous intéresse directement, puisqu'elle pose le problème des pouvoirs du juge ; comme dans tout produit de la jurisprudence, une évolution assez marquée en a fait apparaître diverses modalités, évolution liée au développement du caractère positif de l'annulation pour excès de pouvoir (2) ; il fallait en effet, que fussent écartés les scrupules de la jurisprudence ancienne qui n'accordait qu'un droit au Conseil d'Etat dans le domaine du contentieux de l'excès de pouvoir, celui d'annuler (3). Cette limite étant renversée, le procédé du renvoi est employé largement dans tous les contentieux, sous divers aspects.

§ 1. — *Le renvoi pur et simple, ou « pour faire ce que*

(1) Tels sont les arrêts *Rifaut* du 11 Février 1927, R., p. 201 et *Dame Nicol* du 23 Mars 1927, R., p. 384, en matière de dommages imputables aux ouvrages publics; *Mironneau*, du 13 Janvier 1933, R., p. 50, en matière de responsabilité pour faute de service.

(2) Cf. Note Hauriou, sous l'arrêt *Daraux* du 26 Juin 1908 au S. 1909-3-129.

(3) Voir les arrêts de 1874, *Frères des Ecoles chrétiennes*, R., p. 43 et 45 et du 23 Janvier 1909, *Ministre de l'Intérieur*, R., p. 70.

de droit ». — Peut-on y voir une pression très nette ? Elle reste très discrète, semble-t-il, puisqu'aucune précision n'est apportée sur les mesures qui doivent être prises. Il y a progrès, le juge souligne qu'il attend une action administrative, que la condamnation au regard du droit n'est pas suffisante, et qu'elle doit être suivie d'une exécution ; par ce moyen est mise en valeur cette idée qu'il ne doit pas y avoir de solution de continuité entre la proclamation d'une obligation juridique et l'obéissance due à celle-ci. Mais on ne saurait y voir d'injonction *stricto sensu* ; l'indépendance de l'Administration est encore largement défendue ; celle-ci demeure en effet pleinement compétente pour déterminer les mesures à prendre et le moment où ces mesures doivent être prises.

Cette première étape jurisprudentielle se caractérise par ce fait que *l'existence* d'un devoir positif issu de la chose jugée est expressément indiquée, mais *le contenu* de ce devoir demeure implicite. Le dispositif des arrêts de ce type porte que les requérants sont renvoyés devant telle autorité compétente « pour voir ordonner les mesures que comporte l'exécution de la présente décision » (4). Le Conseil a marqué parfois sa défiance à l'égard de l'agent auquel incombera directement le devoir d'obéissance, d'une manière particulièrement nette : dans l'affaire du 26 juillet 1926, *Dame Veuve Mehl* (5), après avoir annulé le refus par un Préfet d'inscrire d'office au budget d'une association syndicale une dette *ex judicio*, (le Conseil peut

(4) Nous rencontrons des formules de cette espèce dans les arrêts Rougegré du 28 Juillet 1911, R., p. 914. Veillon, du 9 Mai 1913, R., p. 533; Le Gloahec, du 7 Juillet 1922, R., p. 597; Bertauld, du 30 Novembre 1933, R., p. 1118, qui réclame l'exécution « avec toutes conséquences de droit »; Garnier, 11 Janvier 1938, R., p. 6.

(5) R., p. 745.

prendre, ici, une telle décision, parce que la loi du 5 août 1911, dans son article I^{er}, fait au Préfet une obligation d'inscrire d'office les dettes exigibles), le Conseil d'Etat renvoie la requérante devant ce même Préfet, mais aussi « devant le Ministre de l'Agriculture et, éventuellement, devant le Ministre de l'Intérieur, pour que soient prises les mesures que comporte l'exécution de la présente décision » ; toute la hiérarchie administrative est donc impliquée dans l'exécution de l'arrêt.

Il nous faut signaler, encore, l'utilisation toute particulière faite du renvoi simple, dans la célèbre affaire *Daraux* du 26 juin 1908 (6) : malgré ses demandes réitérées, le sieur Daraux porteur d'un titre exécutoire contre la commune de Gaban depuis 1874, n'a pu obtenir le paiement de la somme due, et le Préfet s'est refusé à inscrire d'office au budget municipal. Or, le juge ne peut annuler les refus d'inscription d'office, manifestations du pouvoir discrétionnaire ; la requête est donc *rejetée* et cependant le dispositif porte que « le sieur Daraux est renvoyé devant le Ministre de l'Intérieur pour y être statué sur la suite que sa demande comporte ». Que penser de ce procédé surprenant ? le renvoi n'a pas pour but ici de faire respecter la chose jugée, qui ne comporte qu'un rejet de la requête ; mais il sert à manifester l'opinion du juge : ce dernier ne se reconnaît pas la compétence nécessaire pour sanctionner l'utilisation du pouvoir discrétionnaire, mais il invite l'Administration à reconsidérer d'elle-même son attitude. C'est une des conséquences étranges auxquelles fait aboutir la notion de pouvoir discrétionnaire et que

(6) S. 1909-3-129, Note Haurion,

l'extension du contrôle du détournement de pouvoir permet, nous le verrons, d'éviter partiellement.

§ 2. — *Le renvoi comportant l'indication des mesures à prendre.* — C'est avec l'abandon de la conception étroite de son rôle que le Conseil d'Etat fut amené à opérer une transformation profonde de ses arrêts, surtout dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Il indique maintenant avec précision les actes administratifs qui doivent intervenir comme suite à la solution du litige. Est-ce méconnaître son rôle ? On ne peut le soutenir, puisque bien avant l'apparition de cette jurisprudence, il était admis que les arrêts d'annulation présentaient des caractères positifs dont la méconnaissance était sanctionnée mais qu'il était impossible, pensait-on, d'énoncer à l'avance ; le système adopté n'est donc qu'une manifestation du rôle normal du juge, dont une partie demeurait, sans grande raison, implicite. Est-ce une injonction ? Certaines formules, nous allons le voir, sont particulièrement impératives ; mais l'examen des espèces nous montre que cette injonction qu'elles comportent effectivement, n'est pas le fait du juge, mais *de la loi* : dans certains cas l'Administration n'a devant elle qu'une voie possible que lui trace la règle légale, et le juge ne peut que lui confirmer cette obligation ; la jurisprudence le fait maintenant en termes exprès, c'est une attitude selon nous préférable, mais qui n'implique pas de transformation dans les principes admis puisqu'elle se manifeste dans les seules hypothèses où l'ordre vient d'une autorité supérieure tant au Conseil d'Etat, qui le met en lumière, qu'à l'Administration qui doit y déférer, à savoir la loi. La puissance exécutrice ne saurait invoquer sa liberté d'appréciation du fond, parce qu'elle lui est enlevée dans les cas que nous examinerons ; elle ne

garde que le droit de faire elle-même les actes nécessaires au moment choisi (7) : c'est pourquoi le renvoi peut revêtir une telle précision, puisqu'il n'y a pas lieu de choisir entre plusieurs procédés possibles.

Les litiges concernant le statut des fonctionnaires nous offrent les exemples les plus caractéristiques : lorsqu'est annulée une mise à la retraite ou une révocation, l'agent se trouve replacé dans la situation antérieure ; mais ce rétablissement ne peut se faire sans le concours des autorités compétentes. C'est ce qu'indiquent le dispositif de l'arrêt *Viaud* (8), qui renvoie le requérant devant le Ministre de la Marine « pour qu'il soit réinscrit sur la liste d'ancienneté de capitaine de frégate à la date du 22 avril 1898 et classé immédiatement avant le sieur Roques » ; celui de l'arrêt *Ferré de Perroux* (9), d'après lequel ce dernier est renvoyé devant le Grand Chancelier de la Légion d'Honneur « pour être prises les mesures propres à assurer son rétablissement sur les matricules de l'Ordre ». Dans tous ces cas, en effet, la décision du Conseil d'Etat ayant eu pour conséquence de placer les fonctionnaires intéressés sous un autre statut légal, l'Administration ne peut se refuser à le respecter dans tous ses détails, inscription nouvelle sur une liste d'ancienneté ou restitution de grade dans la Légion d'Honneur. Lorsque la loi laisse une certaine liberté à l'Administration, la formule ne manque pas de l'indiquer : un arrêt *Berthet* du 12 janvier 1938 (10), renvoie l'intéressé, après avoir

(7) Dans la mesure où elle ne manifeste pas une lenteur excessive susceptible d'engendrer une responsabilité pour faute. Cf. Chapitre III, Section 3, § 2.

(8) 30 Novembre 1900, S. 1903-3-23.

(9) 4 Novembre 1921, R., p. 911.

(10) R., p. 8,

annulé sa mise à la retraite, devant le résident général au Maroc, « pour qu'il soit replacé dans une position régulière » : en l'espèce, plusieurs solutions étant possibles, l'Administration est libre dans son choix, mais elle doit respecter la prescription légale répétée par le Conseil d'Etat qui exige pour les fonctionnaires l'existence d'une « position régulière ». En matière d'emplois réservés, la législation est, au contraire, très précise et fonctionne avec une sorte d'automatisme ; aussi les formules de renvoi y sont-elles particulièrement énergiques, renouvelant l'injonction de la loi : le requérant se trouve renvoyé devant l'autorité compétente « pour qu'il soit procédé à sa nomination » à tel emploi, parce que si les conditions énumérées par le texte sont remplies, aucune autre attitude ne saurait être adoptée (11).

A cette même conclusion ne peuvent être ramenées certaines utilisations du renvoi qui, par certains côtés, ressemblent fort à des injonctions de la part du Conseil d'Etat, nouvelle manifestation du sens qu'il donne parfois à sa situation de juridiction administrative : le 4 mai 1932, par un arrêt *Les Fils d'Arthur Mathieu et Cie* (12), le refus du Ministre des Travaux Publics de délivrer les titres

(11) Parmi les nombreux exemples en matière d'emplois réservés comportant un tel dispositif, notons les arrêts Boudène du 24 décembre 1926, R., p. 1153 ; Guichard, du 7 mai 1931, R., p. 495 ; Collin, du 13 juin 1934, R., p. 670 ; Vergez, du 27 janvier 1936, R., p. 116. Enfin, l'arrêt Saverdat du 9 novembre 1938, R., p. 834, nous montre que le renvoi comprend l'énoncé du devoir légal de l'Administration : un décret prévoit qu'un arrêté du Ministre des Colonies fixera les émoluments entrant en compte pour la liquidation des pensions des agents rémunérés par des remises ou des salaires variables. Or, la pension du requérant ayant été liquidée sans que cet arrêté fut intervenu, il est renvoyé devant le Ministre « pour être procédé à une nouvelle liquidation de sa pension après que sera intervenu l'arrêté prévu. »

(12) R., p. 452.

nécessaires au paiement d'une indemnité allouée aux requérants par une commission de dommages de guerre, est annulé ; la décision s'achève par le renvoi de ceux-ci devant le Ministre « pour être procédé à la liquidation de la somme qui leur est due » : c'est aller sensiblement plus loin que dans les autres espèces, parce que l'administrateur est maître des procédures de liquidation et d'ordonnement des dettes publiques ; si regrettables que puissent être les conséquences de cette règle, il y a là pouvoir discrétionnaire, appréciation de l'opportunité. Un dispositif aussi énergique en la matière se teinte donc assez fortement d'injonction « *stricto sensu* », c'est-à-dire de la part du juge. Nous porterons une appréciation identique sur l'arrêt *Société Mielle, Cailloux et Cie*, du 25 novembre 1932 (13) : d'après une jurisprudence récente, lorsque la loi a subordonné la légalité d'une mesure à son opportunité, le Conseil d'Etat se reconnaît compétent pour statuer sur l'opportunité de la décision prise ; s'agissant d'un refus par le sous-préfet de Strasbourg-Campagne d'autoriser, comme le prévoit le régime propre à l'Alsace-Lorraine sur ce point, l'ouverture d'un commerce d'eaux-de-vie à emporter, confirmé par une décision du tribunal administratif, le Conseil, appréciant l'utilité de l'établissement, annule cette décision ; mais il n'agit plus seulement en juge, nous semble-t-il, lorsqu'il renvoie la Société requérante devant le sous-préfet « pour qu'il soit procédé à la délivrance de l'autorisation demandée » : cette réponse définitive devait être donnée par une autorité administrative, et le Conseil revêt en partie ce caractère en donnant, par la procédure du renvoi, un ordre véritable : nouvelle manifestation de la dualité de cette institution,

(13) R., p. 992.

que nous ne songeons pas à critiquer parce que cette souplesse fait sa force.

§ 3) *Le renvoi comportant l'affirmation du droit du requérant.* — Ce n'est qu'un renforcement du système que nous venons d'étudier, puisque devant l'Administration se trouve un particulier dont la position juridique est forte : c'est au nom du *droit* que lui reconnaît le juge que les mesures d'exécution vont être exigées de l'Administration. L'on peut y voir une injonction, mais toujours au nom du droit du requérant, c'est-à-dire *de la loi*, dont il tient ce droit (14).

Les formules du type que nous étudions maintenant se rencontreront donc dans les matières où la réglementation par le législateur est particulièrement précise, ne laissant à l'Administration aucune liberté d'action. Il en est ainsi dans le contentieux des pensions : la rubrique « Pensions » à l'un quelconque des Recueils des arrêts du Conseil d'Etat donne de multiples exemples de renvois « pour être procédé à la liquidation de la pension à laquelle *a droit* le requérant » (15).

Mais les particuliers qui ne sont pas dans une situation statutaire à l'égard de l'Administration peuvent cependant tenir de la loi un droit à l'accomplissement par elle de certains actes. Le Conseil d'Etat ne pouvant les accomplir lui-même, a recours au procédé le plus énergique dont il dispose. Cette nouvelle utilisation du renvoi fut préconisée

(14) C'est pourquoi M. Hauriou, dans sa note sous les arrêts *Denis et Rage-Roblot* au S. 1907-3-17 a pu qualifier cette formule de « déclarative du droit de l'intéressé ».

(15) Les bases mêmes du calcul de la pension sont souvent indiquées : cf. 5 Mai 1928, Général Grimaud, R., p. 575; 16 Octobre 1929, Lemnel, R., p. 902; 18 Mars 1931, Le Fresser, R., p. 303.

dès 1906, par le commissaire du gouvernement Romieu dans ses conclusions relatives aux affaires *Denis* et *Rage-Roblot* (16), déjà citées, en matière d'autorisations concernant le repos hebdomadaire par roulement ; l'arrêt porte que « le sieur Denis est renvoyé devant le Préfet du Département de Meurthe-et-Moselle pour la délivrance de l'autorisation à laquelle il a droit » ; la même formule a pu être employée pour obtenir le reclassement d'un fonctionnaire qui avait droit à un avancement (17), ou la délivrance d'un alignement, opération qui, à la différence de la permission de voirie, n'est pas une simple faculté pour l'Administration (18).

Nous assimilerons enfin au procédé que nous étudions les « *approbations de droit* » des statuts de sociétés de secours mutuels. Elles furent l'objet de plusieurs affaires qui se succédèrent de 1909 à 1911 (19) : le Conseil d'Etat annule la décision par laquelle le Ministre avait subor-

(16) S. 1907-3-17. Le même dispositif se rencontre dans les arrêts Robinet du 28 Décembre 1906 R., p. 991. Nouzille du 1er Février 1907, R., p. 123; Montaut, du 12 Juillet 1907, R., p. 683; Combéleran et Dame Gultton du 31 Juillet 1908, S. 1911-3-9. Un arrêt *Cahen* du 15 Novembre 1907, R., p. 833, apporte une précision intéressante : à la suite d'un tel renvoi, le Préfet n'avait autorisé qu'un type particulier de roulement, autre que celui demandé ; le Conseil annule cette mesure parce que l'autorisation visée dans le dispositif antérieur « ne peut s'entendre que de celle qui avait été demandée par le sieur Cahen », et le renvoie de nouveau devant le Préfet, en précisant la nature de cette autorisation à laquelle il a droit.

(17) 20 Mars 1930, Cotétidot, R., p. 324.

(18) 17 Février 1939, Corniquet, R., p. 95.

(19) 9 Juillet 1909, Société de Secours Mutuels La Blinoise, R., p. 689; 7 Août 1909, Société du Sacré-Cœur de Montauban, R., p. 836; 19 Novembre 1909, Société de Notre-Dame de Mazères, R., p. 898; 3 Février 1911, de Hillerin, R., p. 157; 13 Novembre 1911, La Fraternelle Lavalloise, R., p. 1033.

donné l'approbation des modifications apportées à leur statut par les sociétés régulièrement constituées, à d'autres changements qu'il désirait voir intervenir sur d'autres points ; mais la loi du 1^{er} avril 1898 faisait une *obligation* au Ministre d'approuver les modifications présentées quand elles ne sont pas contraires aux règles édictées ; cette condition étant remplie, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à déclarer que ces modifications « *doivent être approuvées de droit* » : c'est une injonction, certes, mais nous constatons, une fois de plus, qu'elle est issue *de la loi* ; le Conseil, en outre, marque bien qu'il a conscience de la limite exacte de ses pouvoirs, puisque l'expression « *doivent être* » comporte le renvoi implicite devant l'autorité compétente.

SECTION 2

LES MOYENS PROCHES DE L'ASTREINTE

La crainte d'une responsabilité pécuniaire est un moyen salulaire pour obtenir l'exécution d'une décision de justice de la part de l'Administration, aussi bien que de la part des individus. Ne pouvant la contraindre à faire un acte déterminé au moyen de l'astreinte, le Conseil d'Etat s'est efforcé de peser sur elle en utilisant son pouvoir de la condamner à payer une somme d'argent.

§ 1) *La condamnation alternative*. — Lorsque le Conseil désire que les autorités administratives exécutent tel acte et qu'il ne peut énoncer l'obligation de le faire parce que la loi n'a pas prescrit de devoir absolu, il doit respecter la liberté de choix de l'Administration ; mais il est de sa compétence de prononcer une *condamnation alternative*, comportant soit l'exécution d'un acte ou de travaux, soit

le paiement d'une indemnité représentative du dommage définitif subi par le particulier : l'indépendance de l'Administration n'est pas atteinte puisque c'est à elle qu'il appartiendra de déterminer l'attitude qu'elle prendra, mais il y a pression très nette ; l'éventualité d'une responsabilité pécuniaire est le commencement de la raison.

Cette jurisprudence fit son apparition dans les cas de dommages résultant pour un concessionnaire des permissions de voirie accordées à des particuliers en méconnaissance du droit exclusif qui lui était reconnu : dès 1895, par un arrêt du 29 mars *Société du Gaz de Nevers* (20), le Conseil déclare qu'il sera procédé à une expertise à l'effet de déterminer : 1° le préjudice causé à la Compagnie jusqu'au jour de l'expertise ; 2° *l'indemnité à lui allouer dans le cas où la ville ne ferait pas cesser la cause du dommage* : cette seconde partie du dispositif souligne bien la *faculté* accordée à l'Administration d'échapper à l'aggravation de la condamnation pécuniaire en procédant au retrait de la permission de voirie ; le juge attend d'elle qu'elle rapporte une mesure positive contraire à un engagement contractuel. L'habileté juridique du système consiste en ce que la condamnation n'emporte pas obligation de faire, mais seulement le paiement d'une somme d'argent, ce qui entre dans la compétence normale du juge.

Le même procédé fut appliqué ensuite pour amener

(20) R., p. 294. Voir aussi les arrêts : Compagnie du Gaz de Limoges, 11 Janvier 1895, R., p. 21 ; Cie du Gaz de La Rochelle, 8 Février 1895, R., p. 126 ; Cie du Gaz de Bourg, 8 Mars 1895, R., p. 217 et Héritiers Jauze même date, R., p. 221 ; Goret, 26 Novembre 1897, R., p. 719, dont les motifs indiquent expressément que cette cause du dommage que l'Administration peut faire cesser est le maintien de l'autorisation donnée au sieur Goret.

l'Administration à exécuter les travaux susceptibles de faire cesser le dommage : un arrêt *Berry et Chevallard* du 10 mars 1905 (21) nous en fournit le premier exemple : des travaux entrepris par une commune pour alimenter en eau un lavoir ont causé des dommages à des particuliers. La solution normale du litige consisterait dans la suppression des ouvrages, mais le juge administratif ne peut prononcer une telle condamnation. Aussi le Conseil condamne-t-il la commune à payer deux indemnités représentatives, l'une du dommage causé jusqu'au jour de l'arrêt, l'autre du préjudice définitif ; mais il souligne la faculté pour l'Administration d'échapper à cette seconde condamnation puisqu'elle y sera soumise « si elle n'aime mieux supprimer les ouvrages exécutés par elle ».

Puis, le système se précisa par l'adjonction d'un délai au second terme de l'alternative, l'exécution de travaux. En 1922, cette innovation apparut dans les arrêts des Conseils de Préfecture et ne fut pas admise, d'ailleurs, par le Conseil d'Etat (22). Mais un arrêt *Bontoux* du 7 février 1930 (23), consacre ce nouveau procédé de prescription qui n'est pas une astreinte parce qu'il réserve toujours à l'Administration cette faculté d'option entre l'exé-

(21) S. 1907-3-65.

(22) 15 Novembre 1922, Cie du Chemin de Fer de Paris à Orléans, S. 1924-3-33, note Hauriou. Le Conseil de Préfecture ne pouvait, selon le Conseil d'Etat, accorder aux propriétaires dont les terrains avaient subi des inondations du fait de la présence d'une voie de chemin de fer une indemnité pour dépréciation définitive, même à titre éventuel, parce que le préjudice pouvait être supprimé par des travaux ultérieurs.

(23) D.H. 1930, p. 184.

cution de travaux dans un délai déterminé et le paiement d'une indemnité définitive (24).

§ 2) *Les dommages-intérêts moratoires.* — Le système que nous venons d'examiner se caractérise donc par la condamnation à *une indemnité fixe*, réserve faite du droit pour les autorités compétentes d'y échapper par l'accomplissement de certains actes ou de travaux, véritable but visé d'ailleurs. Mais beaucoup plus proche de l'astreinte — et par conséquent plus efficace — est le procédé des dommages-intérêts moratoires : la responsabilité pécuniaire augmente pendant toute la période où se poursuit le dommage. Le caractère d'injonction est donc beaucoup plus marqué (25).

Le juge administratif est-il compétent pour prononcer de telles condamnations ? La réponse paraît fort simple : il y a préjudice résultant d'une situation créée par l'Administration et qu'elle peut faire disparaître ; en allouant aux victimes des sommes successives, le Conseil d'Etat ne prononce aucune astreinte parce qu'elles sont exactement représentatives d'un dommage qui se répète dans le temps et que la Puissance Publique garde sa liberté pour décider

(24) Nous rencontrons des dispositions analogues dans les arrêts du 18 Janvier 1933, Maggi, R., p. 74, avec la formule « si mieux elle n'aime exécuter dans le délai de trois mois les travaux nécessaires » ; du 10 Février 1937, Commune de Bagnères-de-Bigorre, R., p. 183 ; du 9 Février 1940, Monier D.H. du 23 Mai 1940, p. 118 (comparer avec l'arrêt Baud du 27 Juillet 1923, R., p. 621 sur un litige du même ordre, pour mesurer le progrès accompli dans la voie de la pression sur l'Administration).

(25) Il faut remarquer d'ailleurs qu'à la suite de toute condamnation pécuniaire prononcée par le Conseil d'Etat, les intérêts de la somme due courent du jour de la décision au plus tard, jusqu'au jour du paiement, au profit de la partie bénéficiaire, ce qui incite la personne publique à une prompte exécution. Cf. 14 Mars 1934, Société de biscuiterie Cauvy, R., p. 338.

si elle exécute les travaux ou si elle préfère payer une nouvelle annuité. C'est ainsi que par l'arrêt *Bichambis* du 23 novembre 1906 (26) concernant le préjudice causé à un propriétaire par l'établissement et le fonctionnement défectueux d'un urinoir édifié au droit de son immeuble, le Conseil estimant que le déplacement de cet appareil s'impose, bien qu'il ne puisse l'ordonner, condamne la municipalité à payer au requérant *une indemnité annuelle de 200 francs* du jour de la décision *jusqu'à la cessation dudit préjudice*. Mais l'adoption de cet énergique procédé ne put se faire, comme le signale M. Hauriou, qu'en introduisant certaines conceptions nouvelles : à l'intangibilité antérieurement admise de l'ouvrage public qui ne pouvait donner naissance qu'à une indemnité définitive, est substituée la possibilité pour le juge d'envisager les travaux susceptibles de faire cesser le dommage, permanent mais non définitif ; en outre le mode nouveau de fixation de la somme due ne correspond plus à la seule évaluation du préjudice *actuel*.

Nous sommes donc en présence d'un procédé très efficace et très habile puisqu'il aboutit à des résultats comparables à ceux de l'astreinte, sans en être une (27).

(26) S. 1907-3-66, Note Hauriou.

Voir également les arrêts *Demoiselle Mistre* du 21 Décembre 1931, R., p. 1150, *Roux et Giraud* du 25 Juillet 1933, R., p. 885; *Commune de Sérignan* du 22 Mars 1939, R., p. 205 : une offre de réparation en nature ayant été faite par la municipalité, le Conseil recourt cependant au système des dommages-intérêts moratoires pour hâter sa réalisation.

(27) On peut en rapprocher les résultats auxquels aboutissait, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, le « système du traitement » appliqué avant 1933 puisque de nombreux arrêts portaient que le requérant devait recevoir son traitement depuis le jour de la décision qui l'en a irrégulièrement privé « jusqu'au

SECTION 3

LA FIXATION D'UN DÉLAI ET L'INJONCTION

Certains arrêts récents — puisque les premiers apparaissent en 1931 — fixent à l'Administration *un délai* pour accomplir les actes qui sont les conséquences de la chose jugée ; cette disposition est complétée par l'indication que la responsabilité de l'autorité administrative pourra être mise en œuvre, en cas d'inexécution au cours de la période fixée. C'est ainsi qu'une décision *Barberousse*, du 22 juillet 1931 (28), après avoir annulé la révocation d'un architecte communal déclare que réserve est faite « du droit pour le requérant de former une nouvelle réclamation à fin d'indemnité si sa situation n'était pas régularisée dans le mois qui suivra la mise en demeure adressée par lui à la Ville. » Un arrêt *Laurent* du 27 janvier 1937 (29), fixe à l'Administration un délai de 2 mois pour donner une publicité suffisante à une décision précédente du Conseil d'Etat ; ail-

jour où sa situation serait définitivement réglée par une décision régulièrement prise ». Ce n'est toutefois qu'une analogie superficielle parce que la somme due, en l'espèce le traitement, n'était pas fixée par le juge, mais par les statuts de la fonction, et qu'un lien juridique unissait l'Administration à l'individu victime du préjudice. Cf. arrêts *Heusquin*, du 3 Août 1927, R., p. 917; *Duigou*, 9 Décembre 1927, R., p. 1181; *Blacher*, 8 Février 1928, R., p. 183; *Chadenson*, 27 Juin 1930, R., p. 660; *Ville de Mézières*, 5 Février 1931, R., p. 135; *Thiant*, 18 Novembre 1931, R., p. 993. Mais cette jurisprudence fut abandonnée en 1933, nous l'avons vu, comme résultant d'une conception abusive des effets de l'annulation.

(28) R., p. 803. Voir aussi *Domergue* 11 Juillet 1933, R., p. 766; *Guidicelli* 7 Février 1934, R., p. 179; *Dufourcq*, 21 Juillet 1934, R., p. 856; *Gaugry*, 26 Mai 1936, R., p. 604.

(29) R., p. 124, déjà cité. Voir l'exposé des faits *supra* p. 96.

leurs, c'est un délai de 2 mois qui est imparti à un syndicat de communes pour statuer sur une demande d'attribution de concession (30).

Comment apprécier cette nouvelle attitude jurisprudentielle ?

Sommes-nous en présence de la condamnation alternative assortie d'un délai ? Non pas, nous semble-t-il, parce que l'obligation ne porte plus essentiellement sur la somme d'argent avec la faculté de s'y soustraire indiquée par la formule prudente « si mieux n'aime l'Administration... » ; elle concerne, outre le paiement d'une indemnité pour le préjudice déjà subi, les mesures positives désignées dans l'arrêt, ces deux éléments étant indépendants et devant se réaliser l'un et l'autre. Les termes de l'arrêt *Castel* du 25 avril 1934 (31) nous montrent d'ailleurs le caractère très fortement comminatoire de cette nouvelle jurisprudence, puisqu'ils parlent du délai de 2 mois « imparti à la commune pour régulariser la situation du sieur Castel ».

Ce n'est certes pas le vocabulaire auquel nous avait habitués la jurisprudence administrative. La « révolution » demandée par certains serait-elle accomplie, le Conseil d'Etat se reconnaît-il le droit d'injonction ? Il est hors de doute qu'en agissant de la sorte, il dépasse l'attitude normale du juge ; nous retrouvons plus évidente que partout ailleurs, cette tendance du Conseil à se comporter comme une autorité au sein de l'Administration lorsque les circonstances paraissent l'exiger ; la fixation tout arbitraire du délai révèle suffisamment une telle attitude. D'après la définition que nous en avons donnée avec M. Hauriou,

(30) Société Le Centre Electrique, 23 Juillet 1937, R., p. 772.

(31) R., p. 468.

enjoindre consiste à donner un ordre suivi d'une sanction. Or, l'ordre émane bien maintenant du Conseil d'Etat parce que là limite de 2 mois pour agir n'a pas été posée par la loi ; d'autre part, il est suivi d'une sanction éventuelle, la mise en jeu de la responsabilité pécuniaire en cas d'inexécution pendant la période fixée. Il faut donc reconnaître que le Conseil, abandonnant parfois les principes pour lesquels il manifeste le plus grand respect, n'hésite pas à user d'un certain pouvoir d'injonction qui s'adresse d'ailleurs, soit à l'Administration en tant que telle, soit à tel agent public *ès-qualités*, et non pas à la personne même d'un fonctionnaire déterminé, comme le font les juges anglais ou américains.

Mais encore faut-il faire un certain nombre de réserves très importantes. Cette évolution jurisprudentielle n'est pas une « révolution » parce qu'elle n'a pas amené la consécration d'un droit général d'enjoindre qui serait incompatible avec notre système juridique. L'examen des espèces dans lesquelles apparaît le nouveau procédé montre que le Conseil d'Etat ne l'utilise jamais *in origine*, c'est-à-dire pour assurer dans l'avenir l'exécution d'un arrêt rendu pour la première fois sur la question litigieuse ; moyen préventif, il n'est utilisé cependant qu'en vue de réprimer la méconnaissance d'un arrêt antérieur. Il y a là conflit, l'Administration par exemple, n'a pas régularisé la situation d'un fonctionnaire comme elle devait le faire à la suite d'une décision du juge ; celui-ci peut être excusé en partie de recourir à cette « *ultima ratio* » au mépris des principes généraux qui paralysaient son action. D'autre part, l'ordre donné paraît moins impératif si l'on songe que l'Administration est en état de faute continu et que le Conseil d'Etat ne fait que lui accorder un certain répit qu'elle peut mettre à profit pour échapper à une nouvelle condamnation.

La sanction pécuniaire qui s'attache à l'ordre donné est donc représentative du préjudice subi, alors qu'il n'en est pas nécessairement ainsi dans le véritable droit d'enjoindre ; ce peut être une peine, une astreinte indépendante du dommage causé par la méconnaissance du devoir énoncé (32).

Par cette jurisprudence particulière, le Conseil d'Etat semble donc se résoudre à une injonction atténuée, devenue nécessaire, sans se reconnaître un *pouvoir* d'injonction (33).

(32) Dans un arrêt du 4 Août 1908, Société Générale des Eaux d'Oran, le Conseil d'Etat, *par exception*, a prononcé une véritable *injonction*, la condamnation à faire (remise à la Société par la Ville d'Oran de cinq sources) étant accompagnée d'une *astreinte*. Mais, comme le signale Mlle Fayolle (op. cit., p. 150), il s'agissait de l'exécution d'un contrat.

(33) Une évolution analogue s'est produite en ce qui concerne l'annulation des délibérations des conseils municipaux qui portent atteinte à la considération d'un particulier. L'art. 60 de la loi des 14-22 Décembre 1789, non abrogé par la loi de 1884, ouvre en la matière un recours devant le Préfet qui peut annuler la délibération et ordonner la radiation des mentions injurieuses. A la suite d'une évolution assez lente, (cf. Dalloz, Code des Lois politiques et administratives, tome 1er, p. 153-154), le Conseil d'Etat s'est reconnu compétent pour statuer au fond, sur recours contre l'arrêté du Préfet, *avec les mêmes pouvoirs* que celui-ci, par exemple pour décider que telles mentions inscrites sur le registre des délibérations du Conseil Municipal seront rayées. Cf. l'arrêt Dupuy du 4 Décembre 1936, R., p. 1062. Il faut remarquer que, dans de telles hypothèses, l'Administration pourrait difficilement, pour critiquer cette injonction, invoquer son indépendance, parce que celle-ci n'est acceptable que dans l'intérêt du fonctionnement des services publics ; il ne s'agit ici que de la défense de l'honneur des particuliers.

SECTION 4

QUELQUES CAS DE SUBSTITUTION

Quelques arrêts surprennent par leur dispositif : une décision purement administrative y est prise. Mais ce ne sont que des manifestations isolées dans lesquelles on ne peut plus voir un effort jurisprudentiel.

Nous en rencontrons des exemples dans les affaires concernant les établissements dangereux, incommodes ou insalubres des deux premières catégories. Sous le régime du décret du 15 octobre 1810 et de l'ordonnance du 14 janvier 1815, le Conseil d'Etat se reconnaissait le droit d'accorder lui-même les autorisations nécessaires pour la création d'un établissement de la 2^e catégorie, après avoir annulé le refus opposé par le Préfet (34). Sous le régime nouveau de la loi du 19 décembre 1917 et du décret du 24 décembre 1919, l'autorisation est accordée pour les deux catégories, par le Préfet qui fixe les conditions destinées à pallier les inconvénients de l'exploitation autorisée ; son refus peut être porté devant le Conseil de Préfecture, dont l'arrêté, s'il rejette la requête, peut être déféré au Conseil d'Etat. Dans de nombreux arrêts, ce dernier n'hésite pas à autoriser, comme il le faisait auparavant, l'installation de l'établissement dangereux, incommode ou insalubre (35) ; lorsque l'Administration avait donné son

(34) Pour les établissements de la 1^{re} catégorie l'autorisation était donnée, sous ce régime, par décret en Conseil d'Etat ; le problème ne se posait donc pas. Cf. 21 Mai 1913 *Docks Rémois*, R., p. 550. Rapprocher un arrêt *Société La Volta* du 24 Juin 1910, R., p. 496 qui autorise la Société à continuer son exploitation en se conformant aux conditions antérieurement fixées, les conditions nouvelles imposées par le Préfet ne présentant aucune utilité.

(35) Cf. Martin, 19 Novembre 1930, R., p. 948 concernant un établissement de la 1^{re} catégorie, Lefebvre 13 Mars 1937, R., p. 313.

consentement, il fixe lui-même, après une enquête poussée, au cours de laquelle seront consultés parfois certains organismes compétents, les conditions qui lui semblent nécessaires pour sauvegarder la salubrité publique (36) ; il en substitue d'autres à celles posées par le Préfet, quand elles lui paraissent insuffisantes (37). Nous sommes donc en présence d'arrêts dans lesquels le Conseil d'Etat se substitue, sans aucun doute, à l'Administration. Il n'est pas utile, selon nous, de tenter d'atténuer ce caractère des dispositifs étudiés, comme semble le faire Mlle Fayolle au sujet de l'arrêt *La Volta* (38). Si le Conseil se reconnaît ici un droit beaucoup plus étendu, c'est à raison de la nature particulière de l'intérêt en cause, et d'une sorte de règle coutumière en la matière, survivance de l'ancienne réglementation. Il y a très certainement exception aux principes sur un point particulier, le Conseil d'Etat n'est plus un juge, mais une autorité administrative, et cela résulte de la pratique juridique dans un domaine tout spécial ; aucun argument ne doit en être tiré pour une extension de ce procédé (39).

Par l'examen de ces procédés exceptionnels, contraires aux principes généraux, nous terminons l'étude des moyens

(36) 8 Février 1930, Commune de Tonnay-Charente, R., p. 155 ; 19 Novembre 1930, Martin, R., p. 948.

(37) 26 Janvier 1926, Sieur Béjot, R., p. 51.

(38) Op. cit. p. 134, en note 2.

(39) C'est pourquoi, doit être condamnée, à notre sens, la formule d'un arrêt du 30 Avril 1926, Bégulier et Petit, R., p. 438, qui « réforme » un arrêté ministériel refusant un report de bonification d'ancienneté. Il est vrai que cette hardiesse ne marque pas le début d'une transformation jurisprudentielle et qu'elle peut être considérée comme contenant un renvoi implicite.

préventifs dont fait emploi la jurisprudence administrative dans son état actuel. Nous en retiendrons les deux systèmes les plus caractéristiques par leur habileté juridique, les modalités de renvoi et les pressions par la voie pécuniaire.

CHAPITRE III

Les moyens répressifs

Dans l'hypothèse où, malgré toutes les précautions prises, la décision du juge n'est pas respectée, il faut qu'un système de *sanctions* efficaces soit établi; s'il est énergique, son effet sera salubre, même pour l'avenir, car la crainte du châtimeut est un puissant instrument de pression : répression et prévention se rejoignent donc. La jurisprudence nous montre divers procédés qui traduisent une évolution marquée vers un développement considérable du contrôle juridictionnel concernant l'utilisation que fait l'Administration de son indépendance : le cadre de la légalité se resserre autour de l'activité de la Puissance Publique.

SECTION I

LA SANCTION MORALE

La lecture de certaines décisions montre que le Conseil d'Etat n'hésite pas à donner son sentiment sur l'attitude de l'Administration avec une sévérité très poussée, sanction malheureusement bien platonique.

Le blâme peut consister dans la mise en lumière de la mauvaise foi de l'Administration, soit en rappelant qu'un arrêt antérieur existe, qui n'a pas reçu d'exécution (1), soit en montrant que telle mesure qui semble régulière n'a été prise en fait, que dans le but de faire échec à la chose jugée, manifestation d'un détournement de pouvoir (2).

Mais cette désapprobation prend parfois le caractère d'une véritable flétrissure, qui fait sortir le Conseil de la réserve où il se tient d'ordinaire. Il en est spécialement ainsi dans les cas où il constate son impuissance à prendre les seules mesures propres à faire respecter ses décisions : les motifs de l'arrêt *Daroux* du 26 juin 1908 (3), sont significatifs de cette réaction ; constatant que les principes de notre droit ne lui permettent pas d'annuler le refus d'inscrire d'office une dette obligatoire, manifestation du pouvoir discrétionnaire, le Conseil d'Etat exprime avec force son sentiment en signalant « que malgré ses demandes réitérées, le requérant n'a pu obtenir le paiement des sommes à lui dues ; que le Préfet ne lui a donné aucune raison de son refus... » Dans l'affaire des *élections de Bouilh-Péreuilh* (4), précédemment examinée, il tient à donner à l'arrêt son véritable sens : si l'autorité administrative semble bénéficier de l'appui du juge alors qu'elle n'a pas respecté la décision antérieure, si les efforts de la muni-

(1) 4 Mai 1932. Les Fils d'Arthur Mathieu et Cie, R., p. 452 : le dispositif lui-même indique l'existence d'une décision antérieure que l'Etat avait refusé en partie d'exécuter ; 15 Juin 1933, Boisseau, R., p. 635 : le renvoi pour liquidation de la pension à laquelle a droit le requérant s'achève sur cette remarque : « ainsi que l'avait déjà ordonné la décision du Conseil d'Etat en date du... ».

(2) 8 Avril 1938, Botton D.P. 1939-3-40, Ire esp.

(3) S. 1909-3-129.

(4) S. 1909-3-65.

cipalité pour s'y conformer doivent être condamnés au regard du droit, il ne faut pas oublier qu'« il est regrettable que l'Administration n'ait pas pris les mesures nécessaires pour que le renouvellement du Conseil Municipal ait lieu en conformité de la chose jugée ». Enfin, cette sanction morale a pris son aspect le plus violent, dans une décision *Dame Veuve Mehl* du 26 juillet 1926 (5), qui affirme la nécessité de prendre « les mesures qui devront mettre fin à la situation regrettable créée par les procédés dilatoires de l'Administration locale depuis un demi-siècle » ; il serait difficile de concevoir formule plus sévère, mais un tel système reste, au demeurant, bien inopérant.

SECTION 2

L'ANNULATION DES DÉCISIONS CONTRAIRES

A LA CHOSE JUGÉE

C'est l'arme essentielle dont dispose le Conseil d'Etat, à laquelle il devait tout naturellement songer en cas d'inexécution de ses décisions ; les arrêts célèbres intervenus dans des cas de conflit aigu, comme l'arrêt *Fabrègues* que nous connaissons déjà (6) nous en montrent l'emploi. Nous ne pouvons relever toutes les décisions qui annulent les actes d'insubordination, nous ne retiendrons que la formule générale prise à titre d'exemple dans l'arrêt du 17 mai 1935, *Ogé* (7) : les arrêtés attaqués ont méconnu la chose jugée, il y a lieu de les annuler pour excès de pouvoir. Seront donc exposées à une telle sanction, toutes les mesures par lesquelles l'Administration méconnaîtra, directement ou indi-

(5) R., p. 745.

(6) S. 1911-3-121.

(7) R., p. 565.

rectement, ce *devoir juridique* que nous avons examiné dans notre chapitre premier, tant les refus d'agir exprès ou tacites (8), que les décisions positives. Mais sur quels *moyens* du recours pour excès de pouvoir s'appuiera le Conseil d'Etat ?

Ce sont essentiellement la violation de la règle de droit et le détournement de pouvoir qui constituent les vices juridiques des actes d'insubordination

§ 1. — *La violation de la règle de droit.* — Ce premier moyen était à l'origine qualifié de « violation de la loi et des droits acquis » : il était difficile d'assimiler à la méconnaissance d'un texte légal, la désobéissance aux arrêts du juge. La grande transformation opérée sur ce point par la jurisprudence aboutit à substituer à cette condition de « violation de la loi et des droits acquis » celle de la « violation de la règle de droit », qui comporte même les principes non énoncés dans la loi, comme celui du respect nécessaire de la chose jugée (9), en même temps qu'un simple *intérêt* suffisait pour agir.

Mais la jurisprudence, par ce même travail incessant dont nous avons pu mesurer déjà l'efficacité, a développé la portée de ce moyen répressif, d'une part en pourchassant sur

(8) La loi du 18 Décembre 1940, art. 82, maintient le système introduit par la loi du 17 Juillet 1900, art. 3, d'après lequel le silence gardé par l'Administration pendant plus de 4 mois est considéré comme une décision de refus. Mais le recours doit, aux termes du nouveau texte, être introduit dans un délai de *deux mois* consécutif à cette période de quatre mois.

(9) Cette évolution est retracée par M. Alibert, « Le Contrôle juridictionnel », p. 259. Voir aussi Bonnard, « Précis de droit administratif », p. 112 et s. L'apparition de cette conception est soulignée par M. Hauriou dans sa note au S. 1905-3-81, sous l'arrêt Bolla.

un domaine plus étendu les actes qui décèlent l'insubordination de l'administration, d'autre part en soulignant avec plus de netteté que l'irrégularité de la mesure réside dans la méconnaissance des conséquences d'un arrêt.

A) *Le domaine de ce contrôle « a posteriori » s'est considérablement développé du fait de la complexité de plus en plus grande du devoir juridique attaché par le Conseil d'Etat à ses arrêts d'annulation.* Nous avons suffisamment exposé, nous semble-t-il, cet *aspect positif* des arrêts ; cette phase active de l'exécution se déroule, aux dires mêmes du juge, sous son contrôle, qui trouve ainsi de multiples raisons de s'employer. Par exemple, lorsqu'une décision a renvoyé le requérant devant le Préfet pour qu'une autorisation « à laquelle il a droit » lui soit délivrée, le Conseil veille à ce que, après avoir été accordée, elle ne soit pas rapportée dans le but de faire échec à la chose jugée (10) ; l'annulation frappera de même le retrait d'un arrêté qui opérait le reclassement d'un fonctionnaire en exécution d'un arrêt antérieur (11). Enfin, il n'est besoin que de rappeler la jurisprudence relative aux « reconstitutions de carrière » et les mesures rétroactives qu'elle implique. Nous sommes en présence du caractère dominant revêtu par le recours pour excès de pouvoir depuis une vingtaine d'années, qui ne fait que se développer, parfois au mépris d'une saine conception du rôle de juge, nous l'avons vu.

Les conditions de recevabilité du recours se sont, elles aussi, élargies : le juge ne pouvant se saisir lui-même des infractions commises à l'égard de ses décisions, il était important que l'intérêt requis pour agir fût entendu d'une façon large. Or, l'intérêt moral, l'intérêt éventuel en ce qui

(10) 13 Mars 1908, Nouzille, R., p. 274.

(11) 27 Juillet 1935, Virtos, R., p. 915.

concerne l'action des fonctionnaires, furent successivement admis. De même, l'admission du recours des contribuables d'une commune en cette qualité contre les délibérations du Conseil municipal engageant des dépenses (12), donne à de nombreux particuliers la faculté de poursuivre devant le juge les actes qui leur semblent révéler l'insubordination de l'Administration.

Toutefois, ce contrôle juridictionnel connaît encore une limite très stricte qui résulte de l'existence du *pouvoir discrétionnaire*, « pouvoir de libre appréciation que la loi laisse à l'agent administratif », dit M. Bonnard (13). Il se manifeste en notre matière par l'impossibilité pour le Conseil d'Etat de connaître de la valeur des motifs d'opportunité invoqués par les autorités hiérarchiques ou les autorités de tutelle pour se refuser à intervenir en faveur du respect des décisions de justice (14) : un arrêt *de Larralde* du 15 janvier 1875 (15), déclarait qu'« en refusant d'user du droit qui lui est conféré, l'Administration supérieure accomplit un acte qui n'est pas susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat par la voie contentieuse », et que par suite le refus par le Préfet d'inscrire d'office au budget municipal le crédit nécessaire au paiement d'une pension n'est susceptible d'aucun contrôle juridictionnel. La même solution était adoptée par l'arrêt *Daraux*.

Mais la jurisprudence récente admet un « retour offensif » du contrôle du juge dans le cas où des *motifs de droit*, et non d'opportunité, sont invoqués par l'autorité administrative : le recours est recevable et pourra même donner

(12) Cf. 29 Mars 1901. Casanova, S. 1901-3-73, Note Hauriou.

(13) « Le pouvoir discrétionnaire et le recours pour excès de pouvoir », R.D.P. 1923, p. 363.

(14) Cf. Maspétiol et Laroque, « La tutelle administrative ».

(15) R., p. 49.

lieu à l'annulation de la mesure si ces motifs de droit sont inexistants ou erronés. Plusieurs arrêts qui ne concernent pas, il est vrai, les obligations nées de la chose jugée, font application de ces règles ; il serait, sans aucun doute, statué de même dans notre matière. Dans l'affaire *Pille* du 24 juin 1910 (16), un refus d'inscrire d'office une dette obligatoire « *ex lege* » est annulé ; la même sanction est prise contre un refus par un Préfet d'user de son pouvoir d'approbation à l'égard d'une délibération de la Commission administrative d'un bureau de bienfaisance qui avait voté un crédit destiné à exécuter une décision du juge de paix (17) ; il en est de même dans un arrêt *Desmichels* (18), en ce qui concerne le refus par un Ministre d'user de son pouvoir hiérarchique : mais, chacune de ces trois mesures était fondée sur un *motif de droit exprimé* que le Conseil a reconnu erroné. Un arrêt du 4 avril 1938, *Société de l'Hôtel d'Albe* (19), tout en reconnaissant au Ministre le droit exclusif d'exercer les pouvoirs généraux de tutelle administrative, annule cependant la décision par laquelle il s'est déclaré incompétent pour inscrire et ordonnancer d'office certaines dettes au budget de l'Office National du Tourisme, parce que ce motif contient une *erreur de droit*. Nous reproduirons enfin, les termes caractéristiques d'un arrêt *Brody* du 12 juillet 1938 (20), qui nous permettront de mesurer le chemin parcouru depuis 1875 : une Commission d'arrondissement des assurances sociales avait condamné une commune à payer au requérant une certaine somme ; il y avait chose jugée ; « par suite — déclare le

(16) R., p. 500.

(17) 8 Août 1919, Abbé Toesca, R., p. 740.

(18) 13 Janvier 1926, R., p. 28.

(19) R., p. 341.

(20) R., p. 662.

considérant — en se fondant, pour refuser d'en inscrire d'office le montant au budget, sur ce que l'hospitalisation qui en était la cause aurait eu lieu dans des conditions irrégulières, le Préfet a excédé ses pouvoirs », Il apparaît avec netteté, que le contrôle du juge par le moyen de la violation de la loi, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, peut maintenant se manifester à l'encontre du pouvoir discrétionnaire, quand les motifs de l'acte, s'ils sont exprimés, sont entachés d'erreur de droit ou d'inexistence, d'inexactitude matérielle (21). C'est une transformation qui présente un intérêt considérable dans le domaine des sanctions répressives.

B) *La formule d'annulation* revêt parfois une forme particulière qui met plus spécialement en lumière le vice de l'acte, à savoir la méconnaissance de l'arrêt du juge ; certains dispositifs portent, en effet, que la mesure « est annulée en tant que... » avec l'énonciation du vice juridique qu'elle contient (22) ; lorsqu'une décision administrative ne méconnaît que partiellement la chose jugée ce procédé permettrait au Conseil de ne l'annuler que sur ces seuls points, sans supprimer l'ensemble. La sanction répressive, après avoir élargi son domaine, peut donc gagner en précision.

§ 2. — *Le détournement de pouvoir.* — C'est le second moyen qui peut être invoqué pour réprimer les abus d'indépendance que commet parfois l'Administration. Produit d'une évolution jurisprudentielle considérable, il est em-

(21) Cf. Marc Réglade « Le contrôle juridictionnel de l'opportunité », R.D.P. 1925, p. 415.

(22) Nous en trouvons des exemples dans les arrêts *Wanier* du 7 Juillet 1905, R., p. 625 et *Damuzeaux* du 19 Décembre 1938, R., p. 959.

ployé, maintenant, pour lutter contre les ruses nombreuses auxquelles elle a recours, ainsi que pour donner au juge un autre droit de regard sur le pouvoir discrétionnaire.

A) *La mauvaise foi dans l'exécution* : Les autorités administratives ont acquis dans ce domaine, une habileté considérable. Le Conseil d'Etat y a répondu par un examen plus approfondi *des intentions* qui accompagnent leurs actes et se réserve le droit de les annuler s'il acquiert la conviction que leur apparente correction dissimule un effort pour anéantir les effets d'une décision antérieure. Nouvelle sanction élaborée par la jurisprudence qui vient réprimer une attitude hélas assez fréquente ; nous en retiendrons deux exemples caractéristiques : la nomination d'un greffier est annulée par le Conseil d'Etat ; peu après, le Gouverneur Général de l'Algérie prend un arrêté modifiant les conditions d'accès à ces fonctions, de toute évidence dans le but de rétablir la promotion irrégulière ; cet arrêté est donc entaché de détournement de pouvoir (23). Dans des circonstances tout à fait analogues, c'est un décret qui modifie les conditions d'accès aux fonctions de sous-Préfets, *au lendemain* d'un arrêt annulant une nomination comme contraire à la réglementation en vigueur ! Cette hâte excessive, le fait que les modifications apportées visent uniquement à rendre valable cette promotion irrégulière, l'application individuelle qui suivit aussitôt, prouvent que le décret « ne saurait être regardé comme intervenu dans l'exercice régulier des pouvoirs qui appartiennent au Gouvernement » (24).

Cette dernière affaire montre le progrès réalisé par la

(23) 19 Octobre 1938, Amicale des Greffiers de l'Algérie, R., p. 767.

(24) 8 Avril 1938, Botton, D.P., 1939-3-40.

jurisprudence puisque les ruses les plus habiles et les plus hardies — même la transformation de la réglementation en vigueur — sont dépistées et sanctionnées.

B) L'abus du pouvoir discrétionnaire : La conception ancienne du pouvoir discrétionnaire lui assurait l'immunité totale. Mais nous avons déjà rencontré l'une des voies par lesquelles le juge parvient à imposer son contrôle; il en est une autre.

La notion de spécialité s'est développée en droit public et, comme le déclare M. Welter dans sa thèse sur « Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative » (25), tout pouvoir n'est justifié que par la fonction qu'il est destiné à mettre en œuvre : le droit de libre appréciation dont bénéficie parfois l'Administration ne saurait être utilisé par elle que dans un certain but, l'intérêt général, le bon fonctionnement des services publics. N'était-il pas logique que le Conseil d'Etat examinât s'il en a bien été ainsi ? Sans pénétrer « à l'intérieur » de l'appréciation des faits, toujours considérée comme domaine réservé, il peut rechercher si ce pouvoir n'a pas été détourné de l'objectif qui lui est assigné. C'est l'intéressante théorie que certains ont appelée, à tort, « contrôle juridictionnel de l'opportunité » (26) dans laquelle M. Hauriou voit une construction nouvelle, le « contrôle de la moralité administrative » et qui se résout selon nous en un contrôle de légalité, plus exactement « *de conformité à la règle de droit* » (27).

(25) Thèse Nancy 1929.

(26) C'est l'opinion à laquelle aboutit M. Alibert dans son ouvrage sur le « Contrôle juridictionnel » puisque le juge administratif exercerait, d'après lui, un véritable pouvoir de tutelle.

(27) Cf. sur cette question : Marc Régla, *op cit.* R.D.P. 1923 p. 363.

C'est ainsi que l'Administration peut retirer dans l'intérêt public, qu'elle apprécie seule, en principe, les permissions de voirie. Cependant, dès le 9 juin 1893 (28), un arrêt *Thorrand* déclare irrégulière l'une de ces mesures intervenue après l'annulation d'un premier retrait, parce que les faits du dossier révèlent que l'intérêt de la circulation invoqué pour la justifier dissimule un nouveau détournement de pouvoir. « Le Préfet avait usé des pouvoirs lui appartenant pour un objet autre que celui à raison duquel ils lui avaient été conférés. » Le même abus est sanctionné par un arrêt *Cie du Bourbonnais*, du 4 août 1922 (29) : un refus de permission de voirie est annulé pour erreur de droit : l'Administration peut bien décider *souverainement* s'il convient ou non, dans l'intérêt général, d'accorder de nouvelles permissions de voirie. Cependant le Ministre ne s'est pas livré à l'appréciation de fait nécessaire, son refus invoque l'intérêt général, mais ce n'est qu'« une pure déclaration de principe qui n'est pas de nature », déclare le Conseil, « à changer le véritable caractère de la décision attaquée, laquelle n'est en réalité que la reproduction de la première décision » ; ce nouveau refus est annulé parce que le pouvoir souverain de décision fut détourné de son but.

Il est donc permis d'espérer la suppression d'une partie des obstacles que l'Administration, abusant de son indépendance au moyen de ce droit de libre appréciation, pouvait mettre à l'exécution des arrêts du Conseil d'Etat : les refus de mettre en œuvre les pouvoirs hiérarchiques et de tutelle vont-ils cesser d'être un instrument sûr et facile d'insubordination ?

(28) R., p. 450.

(29) R., p. 732.

L'état actuel de la jurisprudence ne présente pas l'aboutissement de l'évolution, mais il est cependant révélateur d'un progrès très net en ce qui concerne l'inscription d'office des dettes obligatoires. Aucune espèce ne vise directement le refus d'intervenir après la condamnation à une somme d'argent, mais il semble que le Conseil s'attache à mettre en pratique cette idée dégagée par M. Corneille dès 1919 (30), que « la règle de l'indépendance de l'Administration vis-à-vis des juridictions ne doit jouer qu'à l'état d'exception ».

Certains arrêts se sont engagés dans la voie du contrôle de l'exercice du pouvoir hiérarchique ou du pouvoir de tutelle au regard du but visé. Le Conseil d'Etat affirme d'abord son droit de rechercher si les Préfets « ont eu en vue l'intérêt des finances communales » lorsqu'ils ont rayé certaines dépenses non obligatoires des budgets municipaux; si l'instruction révèle qu'il en fut autrement, il annule cette utilisation erronée du pouvoir discrétionnaire (31). Une nouvelle notion apparaît donc, celle du *but* en vue duquel la règle de droit confère, à certaines autorités, le pouvoir de tutelle ou le pouvoir hiérarchique (32).

Enfin, l'argument *a contrario* que l'on pourrait tirer de ces décisions se trouve confirmé par celle du 1^{er} mars 1939, *Cordier* (33), dont les motifs, bien que ne concernant pas une dette née d'un jugement, sont fort intéressants : le Préfet refuse d'inscrire d'office le montant total d'une dette de la Ville de Calais envers une succession, en rai-

(30) Conclusions sous l'arrêt Toesca R.D.P. 1919, p. 507.

(31) 19 Février 1931, Ville de Castelnaudary, R., p. 197 ; 1^{er} Mai 1931 Commune de Plédeliac, R., p. 462.

(32) Cpr., *a contrario*, 10 Juillet 1930 et 7 Novembre 1930 Ville de Castelnaudary, R., p. 709 et p. 907.

(33) R., p. 128.

son de l'éventualité d'une compensation de cette dette avec une créance non encore liquidée dont bénéficie la ville ; le Conseil rejette la requête, mais parce que « *ce motif d'opportunité ne révèle aucun excès de pouvoir* » : n'est-ce pas affirmer avec une netteté suffisante le droit de contrôle du Conseil sur la régularité du but dans lequel l'Administration use de son droit de libre appréciation de l'opportunité ? Ce dernier progrès de la jurisprudence est, à notre sens, capital pour la matière qui nous intéresse : aucune raison de droit ne s'oppose à ce que la même solution fût appliquée dans le cas où le Préfet refuse d'inscrire d'office une dette née d'un arrêt du Conseil d'Etat ; nous n'aurions plus le spectacle que nous offrait, au début de ce siècle, l'affaire Daraux.

SECTION 3

LA RESPONSABILITÉ POUR FAUTE DE SERVICE EN CAS DE MÉCONNAISSANCE DE LA CHOSE JUGÉE

La mise en œuvre de la responsabilité pécuniaire constitue le dernier des moyens jurisprudentiels par lesquels le Conseil d'Etat réprime les infractions à la chose jugée : sanction durement ressentie par les autorités administratives puisqu'elle les prive d'une part de leurs ressources, affectée par le juge à la réparation du préjudice causé.

Le fondement juridique de la responsabilité de la puissance publique a été exposé par *M. Duez* (34) ; elle suppose l'existence d'un préjudice, matériel ou moral, né et actuel, d'un acte imputable à l'Administration, enfin d'une relation de cause à effet entre ces deux premiers éléments. L'acte ou le fait générateur doit présenter certains caractères pro-

(34) La responsabilité de la puissance publique, 2^{me} édition 1938,

pres au droit administratif : ce sera la faute du service public ou le risque administratif, ou l'enrichissement sans cause. Or, lorsque les autorités administratives ne respectent pas la chose jugée, elles commettent « une illégalité grave génératrice de la *faute de service public*, engendrant ainsi une nouvelle responsabilité du patrimoine administratif ».

Quels sont les faits susceptibles de constituer aux yeux du Conseil d'Etat une telle faute de service au cours de l'exécution des décisions du juge ? Ce peut être la violation de la chose jugée résultant de l'inexécution totale ou partielle des arrêts. Mais une jurisprudence récente admet également la responsabilité née du retard apporté à l'exécution, progrès considérable, car la lenteur volontaire n'est pas une arme que dédaigne l'Administration.

§ 1. — *La responsabilité pour méconnaissance de la chose jugée « stricto sensu »*. — Elle a pris une extension considérable, de même que les autres sanctions, à mesure que les devoirs de l'Administration se sont développés et précisés.

Dès le 12 juin 1914, par un arrêt *Abbé Hardel* (35), le Conseil d'Etat reconnut le droit à indemnité d'un desservant expulsé de son presbytère par un Préfet, alors qu'un jugement de référé ordonnait son maintien en possession : la faute réside dans l'acte pris dans l'intention manifeste de méconnaître la décision du juge. Il en fut de même dans l'affaire *Albertini* du 27 mars 1930 (36) : un secrétaire de mairie, réintégré à la suite de l'annulation de sa révocation par le Conseil d'Etat, est brusquement congédié par

(35) R., p. 700.

(36) R., p. 349.

la suite ; bien que l'arrêt ne souligne pas avec une netteté suffisante le fait générateur de la responsabilité, une indemnité est allouée au requérant pour le préjudice subi. Enfin, nous trouvons, *a contrario*, une nouvelle affirmation de cette théorie, dans un arrêt *Vidaud* du 19 janvier 1933 (37) : un fonctionnaire critique les mesures de reclassement prises par le Ministre de la Guerre en exécution d'un arrêt du Conseil d'Etat qui lui reconnaissait le droit à la titularisation, et réclame une indemnité ; la décision rejette cette requête parce qu'« il n'est justifié, *en l'espèce*, d'aucune faute de l'Administration de nature à avoir engagé la responsabilité de l'Etat ». Le principe de la responsabilité pour faute en cas de violation manifeste de la chose jugée est donc admis.

Cette même responsabilité se trouve engagée, dans le cas où les actes positifs qu'impliquent certaines décisions ne sont pas accomplis, et qu'un préjudice en résulte. Nous rencontrons, ainsi, un arrêt *Wassilieff* du 24 juin 1925 (38), qui décide qu'un chirurgien, dont la révocation fut annulée, devait être réintégré dans ses fonctions et que cette mesure n'ayant pas été prise, « il est fondé à demander réparation du préjudice que lui ont causé les fautes de service ainsi commises à son égard. » L'affaire *Dame Venturini*, qui donna lieu à trois arrêts successifs en 8 ans, nous montre la mise en œuvre de cette sanction à deux reprises (39), parce qu'un maire « a systématiquement persisté » à refuser à la requérante l'emploi réservé auquel lui donnait droit le premier arrêt « commettant ainsi une faute qui engage la responsabilité de la commune ». Cette responsabilité

(37) R., p. 77.

(38) R., p. 602.

(39) 25 Juillet 1931, R., p. 872, 27 Avril 1934, R., p. 503.

peut enfin naître de l'exécution incomplète de l'arrêt (40), même lorsque celui-ci comportait l'obligation implicite d'accomplir certains travaux, comme le prouve une décision récente, publiée dans le journal « Le Temps » du 4 juin 1939 : Le 4 juillet 1926 le Conseil d'Etat avait annulé une délibération du Conseil Municipal de Paris annexant au cimetière Montparnasse une parcelle de terrain qui appartenait à la Ville ; un mur et une palissade avaient été abattus à la suite de cette délibération, ouvrant aux immeubles situés au voisinage des vues désagréables sur les sépultures et le four crématoire. La remise des lieux dans l'état antérieur incombait à l'Administration à la suite de l'arrêt ; elle n'a pas été réalisée, le préjudice qui en résulte doit être réparé : donc, si le Conseil d'Etat ne peut prescrire l'exécution de travaux, il se réserve le droit de tenir leur inexécution pour une faute de service génératrice de responsabilité.

§ 2. — *La responsabilité pour retard dans l'exécution de la chose jugée.* — Certains arrêts ont posé pour règle que le *retard* excessif et non justifié dans l'action administrative, est assimilé à la négligence et constitutif d'une faute de service, en l'absence même de tout délai légal ; le principe se dégage par raisonnement *a contrario* de l'arrêt *Demoiselle Manrot* du 28 juin 1912 (41), qui ne concerne pas encore la chose jugée, mais la délivrance d'un alignement ; il en est de même dans plusieurs arrêts récents concernant certaines demandes d'autorisation (42).

(40) 27 Janvier 1937, Laurent : La faute résultait d'une publicité insuffisante donnée par l'Administration à la décision qui déclarait irrégulière l'exclusion d'un médecin de toute participation à un service d'Etat.

(41) S. 1913-3-121, Note Hauriou.

(42) 19 novembre 1937, R, p. 948, Sté des Scieries et Fabriques

Mais la jurisprudence récente a réalisé un progrès considérable en exigeant, à peine de responsabilité pécuniaire, une prompte exécution de ses arrêts. C'est ainsi que l'exploitant d'un établissement dangereux, incommode ou insalubre, ayant reçu d'une décision du Conseil d'Etat le droit d'obtenir une autorisation de durée illimitée, vit triompher sa demande d'indemnité fondée sur ce que « *le retard* (deux ans) avec lequel a été exécuté cette décision de justice constitue *une faute* susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat » (43). La même sanction sera mise en œuvre quand l'Administration n'aura, dans les cas où la chose jugée l'exige, réalisé les reconstitutions de carrière nécessaires qu'« *après des délais injustifiés* » (44).

L'étude de ce dernier procédé nous montre avec une netteté suffisante, semble-t-il, l'important réseau de sanctions mis au point par le Conseil d'Etat pour accentuer la pression sur l'Administration ; nous retrouvons une nouvelle manifestation de cette combinaison possible entre les moyens préventifs et répressifs : la procédure du renvoi, par exemple, aboutit à une sorte de mise en demeure d'accomplir le devoir juridique issu de la chose jugée ; la responsabilité pour faute de service viendra réprimer les infractions à ce devoir, soit dans l'espace, en cas de méconnaissance de l'arrêt, soit dans le temps, en cas de retard excessif dans l'exécution.

Mais, si parfaite que puisse paraître cette construction de la pratique juridique, elle ne résout pas pour autant le

d'allumettes de Then-Hoa (demande d'autorisation) ; 22 juillet 1938, Dame Morali, R., p. 715 (demande de certificat de viabilité) ; 20 janvier 1939, Commune de Souma, R., p. 18 (accomplissement par un Conseil Municipal de ses obligations légales).

(43) 31 janvier 1936. Sté Lustria, Chapal et Cie, R., p. 148.

(44) 2 février 1938. Mary, R., p. 114.

problème d'une manière définitive. Les limites en sont reculées, les risques d'inexécution se trouvent réduits par ces moyens d'insistance pressante ou de sévère répression, mais l'Administration peut encore conserver « le dernier mot », même dans le cas de condamnation pécuniaire.

Le problème se pose donc encore dans le cadre du droit français, sinon avec la même généralité, du moins avec la même acuité qu'à l'origine ; aussi certains auteurs proposent-ils l'adoption de procédés jurisprudentiels nouveaux.

QUATRIEME PARTIE

LES MOYENS PROPOSES PAR LA DOCTRINE FRANÇAISE

De toute l'étude qui précède, une conclusion ressort inéluctablement : quelle que soit la précision et la diversité des moyens employés, l'obstacle fondamental reparaît toujours par quelque point ; et nous ne pouvons nous en étonner puisque ce n'est que la conséquence normale des principes généraux de notre droit public ; une lacune existe qui ne peut pas être totalement comblée.

Des manifestations d'insubordination se révèlent donc encore. Elles peuvent être le fait d'une volonté organisée, dirigée par les autorités administratives centrales ; tantôt elles revêtiront la forme d'une méconnaissance résolue et totale des décisions du juge puisqu'au demeurant celui-ci ne dispose d'aucun procédé définitif de pression, mais de telles insurrections sont assez rares ; tantôt le pouvoir discrétionnaire, dont une part est soustraite à tout contrôle, offrira de coupables tentations. Mais la chose jugée peut avoir à souffrir également de l'action individuelle des agents administratifs, inspirée par leurs inimitiés personnelles : on en trouve des exemples tout au long de la hiérar-

chie, mais les plus fréquents et les plus saisissants sont issus des querelles locales.

Devant cet aspect pratique du problème, la doctrine s'est efforcée de découvrir quelque procédé susceptible d'apporter un remède. Très peu de suggestions font appel au législateur ; c'est un hommage rendu à l'efficacité de la jurisprudence du Conseil d'Etat à laquelle les auteurs font confiance, en souhaitant de la voir ajouter aux procédés dont elle dispose, tel autre qu'ils préconisent. C'est en effet l'attitude la plus sage, parce qu'il ne semble pas que l'intervention du législateur, dans l'hypothèse optimiste où elle eût pu se produire sur cette question au cours de ces dernières années, eût abouti à d'importants résultats ; il n'en est pas de même de la jurisprudence du Conseil d'Etat, nous pouvons en juger maintenant.

Les sources principales de la doctrine sur le point qui nous intéresse, se trouvent dans les ouvrages des auteurs, dont certains se sont penchés sur le problème, comme *Hauriou*, *Duguit*, *Jèze*, ou dans leurs notes d'arrêts : celles d'Hauriou ont acquis, en la matière, une juste réputation puisqu'il introduit dans l'une d'entre elles sa suggestion essentielle. Il ne faut pas négliger, enfin, les conclusions des commissaires du Gouvernement qui n'indiquent pas seulement la solution à laquelle doit normalement se rallier le Conseil, mais qui jettent également les bases des systèmes nouveaux, en emportant souvent la décision de l'Assemblée ; les progrès jurisprudentiels considérables que nous avons examinés, leur sont dus ; il suffit de rappeler qu'en 1906, c'est après l'audition des conclusions de M. Romieu dans les affaires *Denis* et *Rage Roblot* que fut adopté le procédé du renvoi avec affirmation du droit du requérant.

L'importance du labeur juridique accompli se mesure par ce fait que peu de moyens nouveaux sont proposés ; nouvel hommage à l'œuvre du Conseil, mais en même temps rappel de la lacune de notre système.

CHAPITRE I

La responsabilité pour faute personnelle en cas d'inexécution de la chose jugée

Ce système est le seul qui permette, semble-t-il, de s'échapper de l'impasse où nous conduit irrémédiablement notre organisation juridique. Puisque toute contrainte directe est impossible à l'égard de l'Administration, elle sera saisie indirectement par le truchement de ses agents qui ont sur elle, comme le dit M. Hauriou, « cette supériorité qu'ils peuvent être livrés au bras séculier ».

La « solution radicale » consisterait dans la mise en œuvre de la *responsabilité personnelle* du fonctionnaire chargé d'exécuter la chose jugée, la réparation pécuniaire du préjudice causé étant rejetée sur son patrimoine propre, parce qu'il a méconnu la loi du service en s'opposant à la décision du juge. S'il apparaît dès maintenant que le Conseil d'Etat n'est pas compétent, il est cependant directement intéressé à l'adoption de ce système : d'une part, en dégageant avec une netteté croissante le devoir juridique issu de ses arrêts, il met en lumière la part de faute qui incombe personnellement aux agents ; d'autre part, l'éventualité d'une telle sanction est fréquemment exposée devant la Haute Assemblée par les Commissaires du Gouvernement qui font pressentir *une menace* aux admi-

nistrateurs rebelles. Il ne faut pas oublier non plus que les membres du Tribunal des Conflits qui statuera sur l'existence de la faute personnelle, sont pour partie, des conseillers d'Etat.

Ce recours à la responsabilité personnelle est ardemment défendu par *M. Hauriou* dans ses notes au Sirey (1), *M. Duguit* (2), *M. Jèze* (3) ; et les commissaires du Gouvernement en ont parfois exposé l'intérêt, tel *M. Chârdenet*, en 1911, dans ses conclusions devant le Conseil d'Etat relatives à l'affaire *Rougegré*, et celles devant le Tribunal des Conflits concernant l'affaire *Rouzier* (4).

SECTION I

LA RESPONSABILITÉ PERSONNELLE EN GÉNÉRAL

Il nous paraît nécessaire de rappeler brièvement les traits généraux de la responsabilité pour faute personnelle, construction purement jurisprudentielle.

§ 1. — *Le critère de la faute personnelle*

Il est particulièrement difficile d'élaborer un critère suffisamment précis de la faute personnelle, notion essentiellement *subjective* ; c'est cependant la base juridique du système qui n'aura de valeur qu'autant que cette faute sera strictement déterminée.

La première tentative faite par *Laferrière* qui la définit

(1) Spécialement la note sous l'arrêt *Fabrègues* au S. 1911-3-121 ; également note sous l'arrêt *Defoiselle Manrot*, S. 1913-3-121.

(2) Cf. « Les transformations droit public » et le « Traité de droit constitutionnel », tome 3.

(3) R. D. P. 1913, p. 437, op. cit. ; « Principes généraux », tome 2.

(4) 1911 : *Rougegré*, R., 909 ; *Rouzier*, Confl. R., p. 392.

« l'acte qui révèle l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences », fut reprise et précisée dans la même voie par *Hauriou*, qui s'arrête à l'idée de « faute détachable du service », c'est-à-dire qui dépasse la diligence moyenne que doivent apporter les agents dans la gestion du service public. C'est à un critère de ce type que s'arrête d'ailleurs la jurisprudence du Tribunal des Conflits (5).

Toutefois, cette formule n'est pas, en soi, suffisamment précise. Aussi, *M. Jèze* (6) s'est-il efforcé de pénétrer plus avant dans la notion en distinguant deux catégories de fautes personnelles, celles qui révèlent « une intention mauvaise » du fonctionnaire, et les « fautes lourdes qui excèdent les risques ordinaires de la fonction », soit parce qu'elles révèlent une erreur grossière de l'agent sur l'appréciation des faits ou l'étendue de ses pouvoirs, soit parce qu'elles constituent un délit pénal.

Pour intéressante que soit cette formule, nous ne nous y arrêterons pas parce qu'elle ne met pas suffisamment en lumière les rapports entre l'acte du fonctionnaire et l'accomplissement de son service ; d'autre part, les fautes lourdes non délictueuses, ne peuvent être toutes considérées comme des fautes personnelles.

Le critère le plus précis semble avoir été donné par *M. Duquait* (7) et *M. Bonnard* (8). La notion de faute « détachable » *lato sensu* est exacte, mais elle présente ce caractère sous deux aspects différents. Il faut, en effet, distin-

(5) 11 juillet 1927. Conflits Subra, p. 772.

(6) « La responsabilité des fonctionnaires ». R. D. P. 1909, p. 263.

(7) Note au S. 1918-19. II - I; « Traité du droit constitutionnel », tome 3, p. 301.

(8) « Précis de droit administratif », 3^e édition 1940, p. 138.

guer ce que nous pourrions appeler la « *faute détachée* » de la « *faute détachable* » *stricto sensu*. Dans le premier cas, l'acte est totalement étranger à l'accomplissement du service, par son but, comme par son objet ; dans le second cas, il n'y a qu'un seul acte intervenant dans l'exercice des fonctions mais dont il est possible d'isoler certains éléments générateurs de responsabilité personnelle qui pourront être appréciés sans avoir à critiquer le fonctionnement du service. Cette seconde catégorie est évidemment beaucoup plus délicate à discerner que la première ; ici, le juge pourra faire intervenir les notions d' « intention mauvaise », d' « erreur grossière », pour établir si l'objet ou le but de la décision sont étrangers ou non au service public. Il faut d'ailleurs retenir que la faute personnelle apparaît, d'après les auteurs, même dans les cas où le fonctionnaire agit sur l'ordre de son supérieur hiérarchique ; c'est l'avis de Jèze et Duguit dans leurs ouvrages précités, parce que l'instruction ou l'ordre de service ne transfèrent pas la responsabilité.

§ 2. — *La juridiction compétente*

L'acte étant, au moins partiellement, étranger au fonctionnement du service public, *les tribunaux judiciaires* sont normalement compétents pour en connaître.

Mais l'application stricte du principe de la séparation des pouvoirs avait conduit à l'adoption, par l'art. 75 de la Constitution de l'An VIII, du procédé de la « garantie administrative » des fonctionnaires : les poursuites civiles ne pouvaient être intentées qu'après une *autorisation* donnée par le Conseil d'Etat, risque évident de paralysie pour elles. Ce texte ayant été maintenu comme disposition législative ordinaire, il put être abrogé par le décret du 19 septembre 1870.

Le nouveau texte posait le problème de la séparation des pouvoirs sous un angle différent : si les poursuites contre les agents administratifs étaient libres, si les tribunaux judiciaires recevaient toute compétence, pourraient-ils apprécier les actes administratifs eux-mêmes ? Le Tribunal des Conflits par son arrêt *Pelletier* du 26 juillet 1873 (9) vint rétablir, rappelons-le, la juste portée du décret de 1870 : le système de l'autorisation préalable n'était qu'une fin de non-recevoir, que ce décret a supprimé ; mais « il n'a pu avoir pour effet d'étendre la limite de la juridiction des tribunaux judiciaires », leur compétence n'est pas étendue aux actes administratifs, les autorités exécutives ont toujours la possibilité d'élever le conflit. C'est donc le Tribunal des Conflits qui sera fréquemment appelé à rechercher si dans les faits allégués, se trouvent des éléments de faute personnelle, pour statuer sur la question de compétence seule ; on ne peut pas prétendre, comme certains auteurs l'ont soutenu, que la garantie des fonctionnaires fût rétablie sous une forme détournée.

SECTION 2

LA FAUTE PERSONNELLE DANS L'INEXÉCUTION DE LA CHOSE JUGÉE

Dans quelle mesure, par quelles modalités juridiques peut-on concevoir que l'inexécution ou la violation de la chose jugée constituent une faute personnelle du fonctionnaire ? C'est l'adaptation du système général à ce point particulier qui va nous retenir maintenant.

§1. — *La justification du système proposé*

Elle est exposée clairement par M. *Hauriou* dans sa

(9) R., p. 118, supp.

note précitée sous l'arrêt *Fabrègues*, à deux points de vue :

A. — *Justification théorique* : Pour obtenir l'obéissance de la part d'une administration rebelle à la chose jugée, il n'est, dit M. Hauriou, que la seule responsabilité personnelle, parce que « le système de la faute administrative dans une pareille hypothèse n'est pas soutenable » : en effet, « l'administrateur qui refuse ou néglige d'exécuter un arrêt de justice... n'est plus du tout dans la ligne de la fonction administrative, il commet un fait personnel ». Cette même explication se trouve sous une forme peut-être plus juridique chez M. *Duguit* : le fonctionnaire, en méconnaissant le jugement, méconnaît la loi sur laquelle celui-ci se fonde, loi qui a pour base le service lui-même. Donc l'agent méconnaît sciemment la règle de la fonction, parce qu'il est déterminé par un *but étranger* à l'accomplissement de celle-ci.

Les cas les plus fréquents où pourra être invoquée cette responsabilité personnelle en notre matière s'intègrent donc dans le cadre de la faute incluse, mais détachable, révélant une « intention mauvaise ».

B. — *Justification pratique*. — Selon M. Hauriou, c'est la seule porte de sortie qui nous soit ouverte devant l'irresponsabilité administrative, parce que « condamner une administration publique à une indemnité pécuniaire, c'est encore une impasse si cette administration ne veut pas s'exécuter ». D'ailleurs le système qu'il propose résoudrait tout le problème, pour deux raisons :

D'une part, le mauvais vouloir des autorités publiques « insurgées » contre le Conseil d'Etat se résoudrait en une mauvaise volonté des *agents*, aux divers échelons de la hiérarchie. En les frappant énergiquement dans leurs

biens, le problème serait résolu parce que les mœurs administratives y trouveraient un redressement salutaire.

En outre, et c'est l'aspect le plus intéressant de ce système, la valeur de cette sanction réside peut-être moins dans son caractère répressif que dans son caractère *préventif*. M. Hauriou signale à juste titre qu' « une attitude ferme du Tribunal des Conflits *éveillerait l'attention* même des Ministres, ou, à la suite de certaines décentralisations de signatures, des directeurs ou des chefs de bureau ». Donner à l'agent la conscience d'une menace directe, précise et prompte, dans l'hypothèse où il est près de céder à certains entraînements pour faire fi de la décision de justice, c'est l'empêcher de suivre son « intention mauvaise », le pousser par conséquent à l'accomplissement correct de son devoir. Plus encore : la crainte qui lui fait abandonner le projet de se rendre coupable d'une faute personnelle, évitera peut-être qu'il ne commette une faute de service, parce qu'il est engagé dans la voie de l'exécution et qu'il peut difficilement déterminer lui-même où s'arrêtent les risques personnels. C'est l'intérêt capital présenté par ce système, parce qu'il ne néglige pas l'importance du facteur subjectif pour en réprimer les manifestations défavorables, en exploiter, au contraire, celles qui poussent au fonctionnement correct des services.

§ 2. — *Les modalités d'application*

Diverses suggestions peuvent être faites pour adapter plus étroitement ce système de responsabilité à la tâche que nous lui assignons.

Dans ce but, c'est tout d'abord la notion même de faute personnelle qui doit acquérir une précision juridique plus grande et développer son domaine. Pour être efficace, la menace doit être sûre, l'éventualité de la sanction indubitable dans l'esprit du fonctionnaire ; il n'en est pas

ainsi dans l'état actuel de la jurisprudence ; un effort doit être fait par le Tribunal des Conflits pour adopter une attitude ferme et constante ; il ne doit pas hésiter à souligner que l'inexécution de la chose jugée constitue par elle-même la faute personnelle, et qu'il rejette pour cette raison l'arrêté de conflit. M. Jèze, dans ses « Principes » (10) souhaite que cette haute juridiction se montre moins exigeante pour en reconnaître l'existence. D'ailleurs d'incontestables progrès ont été réalisés, puisqu'il est maintenant de droit commun que le détournement de pouvoir peut être constitutif de la faute personnelle (11), conception écartée au début du siècle.

D'autres problèmes se posent encore : la notion de faute ne devra-t-elle pas, en ce qui concerne l'exécution de la chose jugée, varier avec la qualité de l'agent visé, le rang qu'il occupe dans la hiérarchie ? Aussi, M. Jèze, dans l'ouvrage que nous citons à l'instant, réclame-t-il dans le cadre des grandes administrations centralisées, la désignation de personnages précis sur lesquels pèserait la charge d'exécuter la chose jugée, donc l'éventuelle responsabilité ; « les juges français de tout ordre — y compris le Tribunal des Conflits — sont trop timides envers les grands chefs lorsqu'il s'agit de les frapper personnellement pécuniairement », déclare-t-il ailleurs (12) ; la même opinion est exprimée par M. Hauriou. Mais cet aspect de la question ne doit pas cependant faire oublier que le système est né pour réagir contre l'insubordination dans le cadre local, celle des maires notamment : leur responsabilité doit être admise largement si l'on veut que le remède

(10) Tome 2, p. 720.

(11) Cf. Note de M. Waline au D. 1935-3-25.

(12) « Le statut des fonctionnaires publics », R.D.P. 1929, p. 305-6.

apporté agisse avec une rigueur suffisante, aussi largement, sinon plus, que celle des chefs de service parce que, outre la qualité de chefs de l'administration locale, ils ont celle de personnages politiques.

La tâche du juge judiciaire sera, nous l'avons vu, strictement limitée par le principe de la séparation des pouvoirs, à l'examen des éléments qui peuvent être détachés de l'acte, tels les mobiles politiques ayant inspiré la violation de la chose jugée préjudiciable au requérant. Dans la condamnation, il est tenu de respecter le même principe ; aussi ne peut-il pas prononcer d'astreinte contre le fonctionnaire poursuivi afin de le contraindre à exécuter l'arrêt dont il a négligé les obligations ; sous cet aspect individuel, ce serait encore atteindre et contraindre la fonction administrative elle-même, en ordonnant que tel acte soit accompli. Ce procédé particulièrement énergique, auquel avait songé *M. Joseph Barthélemy* (13); se rapproche du système anglais ; il ne peut être adopté dans notre droit, parce qu'il dépasse la compétence du juge.

Nous remarquerons, enfin, que la précision croissante des formules de renvoi réalise une sorte de mise en demeure atténuée des agents auxquels elles s'adressent ; le manquement à ce devoir qui leur est si nettement indiqué, ne saurait être tenu pour l'une de ces fautes inévitables dans le fonctionnement des services publics ; moins les erreurs sont possibles, moins elles sont excusables ; plus l'obligation juridique est nette, plus la responsabilité de la faute incombe à l'agent seul, et non pas au service. C'est pourquoi il n'y a pas lieu de faire appel dans l'application de ce procédé, au système du cumul des responsabilités auquel

(13) « L'obligation de faire ou de ne pas faire en droit public », R.D.P. 1912, p. 505.

pourraient songer certains, à raison de l'inclusion de la faute dans l'exécution du service ; pour garder toute sa valeur, la thèse exposée par M. Hauriou doit être appliquée avec toute la vigueur et la précision qu'il préconise ; elle ne vaut que sous une forme absolue : le fonctionnaire doit éprouver le sentiment qu'en n'exécutant pas l'arrêt de justice, il va commettre une faute qui *n'engagera que lui*, que son seul patrimoine, sans pouvoir espérer se réfugier derrière le service.

SECTION 3

VALEUR PRATIQUE DU SYSTÈME

Nous avons vu sa justification théorique et pratique et par là-même les avantages qu'il présente comme sanction, et plus encore, comme moyen préventif. Mais il nous faut l'apprécier maintenant au point de vue pratique, en nous demandant si l'état actuel de notre jurisprudence permet d'espérer son application prochaine, en recherchant d'abord ses inconvénients ou ses lacunes.

§ 1. — *L'attitude de la jurisprudence à son égard.* — Il est assez difficile de l'apprécier, parce que la question n'a été posée expressément ni devant les tribunaux judiciaires, compétents en la matière, ni devant le Tribunal des Conflits, qui serait amené, pour régler la compétence, à décider s'il y a ou non faute personnelle. Les auteurs semblent craindre les réticences éventuelles des juges, puisqu'ils insistent sur la nécessité de voir s'accomplir un progrès dans leur attitude ; cependant le principe de la responsabilité civile des agents est admis assez largement par la

jurisprudence récente (14) ; l'introduction de ce nouveau cas, certes gros de conséquences, ne ferait que compléter le système adopté.

Il est donc très souhaitable qu'une décision intervienne devant les tribunaux judiciaires, sans équivoque possible, que le Tribunal des Conflits éventuellement saisi d'une telle affaire, se prononce avec netteté, sans cette méfiance qui accompagne généralement les progrès jurisprudentiels ; une telle évolution semble particulièrement facile à réaliser dans les hypothèses où les agents n'ont que le devoir d'agir, sans aucun pouvoir d'appréciation ; tel est le cas du renvoi comportant l'affirmation du droit du requérant. C'est sur ce point que pourrait se faire le premier pas de la jurisprudence dans la direction attendue.

Toutefois quelques signes favorables se rencontrent ici et là. C'est d'abord une affaire *Grosson* qui vint devant le Tribunal des Conflits après que le Conseil d'Etat et le tribunal judiciaire se fussent déclarés tous deux incompétents pour statuer sur une demande d'indemnité ; elle présente de multiples péripéties, dont voici quelques aspects : un maire interdit l'accès d'un abattoir à un tripier, avec ordre de faire respecter cette défense par la force et fait approuver son arrêté par le Préfet. La victime de cette mesure en demande et obtient l'annulation par le Conseil d'Etat, mais en vain ; le Maire persiste dans son attitude. Elle réclame alors une indemnité à l'Etat pour le préjudice que lui ont causé ces fautes personnelles, et le Ministre de l'Intérieur s'étant déclaré incompétent, porte son refus devant le Con-

(14) Cf. l'exposé des cas de responsabilité personnelle admis par la jurisprudence dans la thèse de M. *Divanach* sur « La Responsabilité civile des fonctionnaires en droit français » Rennes 1935, p. 214.

seil d'Etat. Par un arrêt du 31 janvier 1902 (15), la Haute Assemblée confirme la décision du Ministre et se déclare elle-même incompétente, parce que « des termes de la requête, il résulte que la demande d'indemnité du sieur Grosson se fonde exclusivement sur des faits qui, s'ils étaient établis, constitueraient une *faute personnelle* du Maire et dont, à ce titre, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître ». L'affaire fut ensuite portée devant le Tribunal des Conflits qui, par décision du 8 novembre 1902 (16) reconnut que « les faits articulés par le requérant constitueraient, s'ils étaient établis, des fautes personnelles » se détachant de l'exercice des fonctions de maire et que la compétence appartient au juge judiciaire. L'intérêt de ces deux décisions relatives à la même affaire réside en ce que l'un de ces « faits articulés dans la requête » générateurs de responsabilité personnelle, n'est autre que la méconnaissance totale par le Maire de l'arrêt du Conseil d'Etat déclarant irrégulière la mesure d'interdiction qu'il avait prise. Ces deux décisions annonçaient-elles l'adoption du système ? Il est impossible de le soutenir ; d'une part, ce n'est qu'en 1910, nous le savons, que M. Hauriou mettra l'accent sur l'intérêt qu'il présente pour assurer le respect par l'Administration des décisions de justice ; d'autre part, la méconnaissance de l'arrêt du Conseil n'est pas présentée comme fait constitutif, à elle seule, de la faute personnelle ; elle n'en est qu'un des éléments, et même, peut-on dire, une circonstance aggravante, puisque cette faute apparaissait antérieurement : en interdisant au sieur Grosson l'accès de l'abattoir municipal, le maire avait déjà commis une voie

(15) R., p. 57.

(16) R., p. 644.

de fait ayant entraîné une perte de viandes préjudiciable. Telle est la véritable portée des décisions de 1902 ; sans doute faut-il le regretter, mais la jurisprudence postérieure n'a pas accompli de progrès sur ce point.

Cependant, le Conseil d'Etat manifeste une attitude plus favorable que le Tribunal des Conflits. Dans ses conclusions concernant l'affaire *Rougegré*, du 23 juillet 1911 (17), *M. Chardenet* signale que, dans les circonstances de l'affaire, les risques d'inexécution sont grands : il s'agit en effet d'enlever la jouissance de deux églises à une association cultuelle qui ne pouvait régulièrement la recevoir, alors que son siège se trouve dans une mairie, et que son président n'est autre que le maire de la commune voisine. Le Commissaire du Gouvernement suggère, en cas de méconnaissance de l'arrêt, la mise en œuvre de la responsabilité personnelle : il apparaîtrait, dit-il au Conseil, que ces maires « n'ont songé qu'à faire échec à votre décision, qu'ils ont commis une faute personnelle se détachant de l'exercice de leurs fonctions ». Il ne faut pas omettre, non plus, l'importance que pourrait prendre, en notre matière, l'arrêt *Le Gloahec* du 7 juillet 1922 (18), par lequel le Conseil donne son appui très net à la poursuite de la faute personnelle — ne s'agissant pas encore, il est vrai, du respect de la chose jugée — : il annule, en effet, la décision par laquelle le Ministre des Postes avait refusé de livrer le nom d'un employé soupçonné de n'avoir pas transmis un télégramme à son destinataire, à la suite d'une collusion avec un concurrent de ce dernier.

Que conclure de ce tour d'horizon de la jurisprudence ? Aucune opposition de principe n'est faite au système pré-

(17) R., p. 914.

(18) R., p. 597.

conisé par M. Hauriou. Mais les tribunaux judiciaires restent à conquérir, progrès que devra confirmer éventuellement l'attitude du Tribunal des Conflits.

§ 2. — *Les lacunes.* — Si intéressant que paraisse ce nouveau procédé, qui se concilie parfaitement avec les principes de notre droit positif, il offre cependant quelques inconvénients qu'ont pu souligner certains auteurs.

Le premier n'est autre que la complexité de sa mise en œuvre. C'est une sanction répressive, qui n'interviendra qu'après une seconde instance devant un tribunal de l'ordre judiciaire : N'est-ce pas une perspective d'avenir fort décourageante pour le plaideur qui n'a pu obtenir l'exécution de l'arrêt rendu en sa faveur par le Conseil d'Etat, après une procédure déjà longue ; aura-t-il la patience, le courage, peut-on dire, ... et les moyens financiers de s'engager dans un nouveau procès dont l'issue n'est pas certaine ? En effet, le conflit sera fréquemment élevé par l'Administration parce que le tribunal judiciaire ne saurait connaître des actes du service public ; si ce n'est pas la réapparition de la garantie des fonctionnaires, le déroulement normal et rapide de l'instance n'en est pas moins entravé. En outre, le caractère *subjectif* de la faute personnelle accroît les difficultés de preuve et rend peu sûre, pour le particulier, l'issue du procès.

Divers remèdes peuvent être proposés à ces critiques. Il est avant tout nécessaire d'élaborer un critère suffisamment précis en la matière : tous les cas d'inexécution de la chose jugée ne sont pas le fait personnel d'un fonctionnaire, nous le verrons ; certains traduisent un mauvais fonctionnement du service : le particulier doit être en état de déterminer lesquels, pour ne pas hésiter ou faire erreur dans la détermination de la juridiction compétente, M. Duguit suggère

d'ailleurs dans ses « Transformations du droit public » (19), une solution curieuse à cette difficulté : ce serait le Conseil d'Etat lui-même qui, par un recours simple, dispensé du ministère d'avocat, devrait condamner pour faute personnelle le fonctionnaire qui n'a pas respecté la chose jugée. Malgré les avantages de rapidité, de simplicité, de cohésion que présente ce procédé, il nous paraît inacceptable, parce qu'il contredit les principes de compétence et la définition que l'auteur donne de la faute personnelle : même incluse dans le fonctionnement du service public, elle s'en détache ; le Conseil ne saurait donc en connaître, puisqu'il ne statue que « sur les droits et obligations qui régissent les rapports des personnes publiques entre elles, ou les rapports des personnes publiques avec les personnes privées » suivant les termes du Président *Pichat* dans son cours professé à l'Ecole des Sciences Politiques en 1938-39 ; enfin, il n'est pas chargé de la juridiction disciplinaire.

M. Joseph-Barthélemy, dans son article précité sur « L'obligation de faire ou de ne pas faire en droit public », met en avant l'idée que le système risque d'être inefficace pour deux raisons : d'abord, parce que le fonctionnaire visé peut être insolvable ; ensuite parce qu'il peut s'agir d'un agent assez riche pour aimer mieux subir la réparation du dommage que se soumettre.

Sur ce second point, nous ne partagerons pas les craintes de *M. Barthélemy* ; si même une telle manifestation pouvait se produire, nous ne croyons pas qu'elle ferait exemple en faveur de cette coûteuse insubordination !

Quant à l'insolvabilité, elle se rencontrerait, certes. Pour parer à ses conséquences, *M. Duguit* propose d'instituer une *responsabilité personnelle solidaire* entre les fonctionnaires

(19) p. 218.

appartenant à un même service ; le patrimoine des associations de fonctionnaires, par exemple, en constituerait le cautionnement. C'est une formule très habile, mais qui écarte en partie le caractère, à notre sens le plus intéressant du système étudié, à savoir cette menace directe, précise, individualisée. Nous irons même plus avant ; reprenant une observation déjà faite, il nous semble que l'insolvabilité éventuelle du fonctionnaire condamné soit sans grande importance. Le but visé n'est pas essentiellement la compensation pécuniaire de la non exécution, exigence à laquelle l'extension de la responsabilité du service répondrait de la façon la plus simple et la plus sûre ; mais il consiste en un redressement des mœurs administratives par une pression exercée sur les agents, qui atteindra son plein effet même si le coupable ne peut s'acquitter de la totalité de l'indemnité mise à sa charge. Ce n'est qu'ainsi entendu que le système prend toute sa valeur, car son intérêt réside plus, nous l'avons dit, dans la prévention que dans la répression. Au regard des résultats acquis pour la collectivité, la critique, certes très fondée, que nous venons d'examiner, ne saurait être déterminante

Plus grave est la lacune du système en ce qui concerne son domaine d'application. D'une part, il ne faut pas lui prêter trop vite le caractère d'un remède efficace dans tous les cas de méconnaissance de la chose jugée. D'autre part, même dans les hypothèses où la faute personnelle apparaît, notre droit positif ne permet pas de poursuivre certains agents.

Les administrateurs accomplissent parfois certains actes en violation de la chose jugée sans qu'une véritable faute personnelle puisse leur être reprochée, par exemple tous ceux qui sont le fait d'une mauvaise organisation ou d'un mauvais fonctionnement des services et non de telle volonté

déterminée. Si l'on songe aux exigences très étroites des tribunaux judiciaires et du Tribunal des Conflits, il est à présumer qu'en seront exclus la plupart des cas de méconnaissance indirecte des arrêts de justice, tels les exécutions incomplètes, les retards ou la ruse, parce que l'intention coupable y est trop bien dissimulée. Ailleurs, le fonctionnaire poursuivi s'efforcera d'invoquer l'intérêt général, les considérations d'opportunité, pour inclure son acte dans l'exécution du service et le soustraire à la compétence du tribunal judiciaire. Enfin, il ne faut pas oublier qu'il est des cas très exceptionnels où l'inexécution est une faculté pour l'Administration ; il s'agit alors d'une réaction de légitime défense de l'Etat dont les affaires *Couitéas*, *Société de l'Imprimerie Saint-Charles* nous ont montré des exemples ; aucune faute personnelle, aucune faute de service non plus ne sauraient être invoquées. Il existe dans la vie d'un Etat des nécessités supérieures ; la première est le maintien de la sécurité qui peut justifier, s'il est véritablement menacé, la méconnaissance d'une règle de droit ; ces hypothèses seront naturellement très réduites, le juge devra se montrer très strict dans l'admission de cette excuse, mais le système de M. Hauriou ne peut que la réserver, au risque de constituer une menace pour l'existence même de l'Etat dans les périodes de crise. Sur ce dernier point aucun progrès du procédé ne peut être envisagé.

Mais parfois la responsabilité personnelle ne pourra pas être invoquée, alors même que la faute apparaît avec une netteté suffisante. C'est le cas tout d'abord, lorsque l'exécution incombe à un corps administratif délibérant, Conseil Municipal ou Conseil Général (20) ; la recherche des votes n'est pas possible (en cas de comité secret), ou n'est

(20) Cf. Mlle Fayolle, *op. cit.* p. 173 et s.

pas admise par le Conseil d'Etat, comme le montre un arrêt *Delpech* du 20 janvier 1911 (21) : le maire ayant été, dans un acte constitutif de faute personnelle, appuyé par son conseil municipal, l'« *exclusive* responsabilité de la commune est engagée » (sans que nous y voyions d'ailleurs un cas de responsabilité pour risque, comme le fait Mlle Fayolle, à la suite, selon nous, d'une erreur : il y a bien fonctionnement *anormal* du service).

De même la mise en œuvre de la responsabilité *envers les particuliers* des ordonnateurs qui n'auraient pas délivré les titres nécessaires au paiement des sommes dues par l'Administration, se heurterait aux plus grandes difficultés. L'affectation des crédits est, en effet, un acte purement discrétionnaire. D'autre part, en l'absence de fonds disponibles, les agents ont la faculté de ne pas intervenir : leur devoir n'étant pas alors absolu, il semble impossible de voir dans leur refus d'agir les éléments d'une faute personnelle. Toutefois, cette responsabilité ne serait pas exclue dans certains cas particuliers : par exemple lorsque des crédits ont été affectés par le Conseil Municipal au paiement d'une dette « *ex judicio* », les faits peuvent révéler qu'en refusant d'ordonnancer, le maire n'avait pas été déterminé par des raisons de service ; il en peut être de même pour les Préfets, ou pour les ordonnateurs secondaires ; mais notre système s'arrête devant l'ordonnateur principal, le Ministre, parce que nous ne trouvons plus les éléments nécessaires à la preuve de la faute personnelle ; il n'y a pas, antérieurement à l'ordonnancement, de crédits spécialement désignés pour le paiement de la dette.

Le dernier obstacle est apporté, en effet, par le problème général de la responsabilité. *envers les particuliers*, des

(21) S. 1911-3-137.

Ministres auxquels il faut assimiler les Secrétaires d'Etat. Alors que ce sont les chefs des plus grands services administratifs, et que la formule exécutoire des arrêts du Conseil d'Etat leur est directement adressée, les particuliers n'ont à leur disposition aucun moyen juridique *pratique* de faire pression sur eux, ou de sanctionner leur attitude (22). La théorie affirme un principe identique à celui qui régit les autres fonctionnaires ; si nous admettons que la méconnaissance volontaire de la chose jugée se résout en une faute personnelle pour les agents inférieurs, il en sera de même pour leur supérieur, le Ministre, que le requérant pourra poursuivre devant le Tribunal judiciaire. Il ne semble pas qu'en droit une difficulté puisse être soulevée sur ce point, le décret du 19 septembre 1870 trouve également son application normale. Mais en fait, les particuliers ont manifesté la plus grande timidité pour agir contre ceux que M. Jèze appelle « les grands chefs », timidité que partagent les juges judiciaires et le Tribunal des Conflits, et qui est fort regrettable pour l'unité et l'efficacité du système. Reconnaissons toutefois que les hypothèses qui justifieraient le recours à ce moyen extrême sont très rares.

Malgré ces divers inconvénients lacunes ou obstacles, qui donnent matière à le critiquer, le procédé que nous devons à M. Hauriou mérite la plus grande attention parce qu'il serait certainement l'une des armes les plus puissantes par lesquelles le juge pourrait obtenir le respect de ses décisions par l'Administration.

(22) Il ne s'agit évidemment pas ici de la responsabilité politique organisée avant 1940 par la procédure du vote ; depuis l'acte constitutionnel n° 2 pris en exécution de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940, Ministres et Secrétaires d'Etat ne sont responsables politiquement que devant le chef de l'Etat. J. O., 12 juillet 1940,

CHAPITRE II

De quelques procédés à portée limitée

Nous indiquerons maintenant trois remèdes, deux concernant l'exécution d'une obligation de faire, proposés par *M. Hauriou*, l'autre relatif à l'exécution des dettes des collectivités décentralisées, spécialement des communes, suggéré par *M. Monsarrat*.

SECTION I

LES APPROBATIONS DE DROIT

Ce procédé fut exposé par *M. Hauriou* dans une note sous l'arrêt *Société de Secours Mutuels La Blinoise* du 9 juillet 1906 (1). Dans les hypothèses où la loi fixe les conditions de régularité d'un document, où l'Administration ne dispose d'*aucun* pouvoir d'appréciation, n'ayant que le devoir d'approuver l'acte qui lui est soumis, si le Conseil annule le refus, d'après l'auteur, « l'acte se trouve, par le fait même, approuvé et ce n'est pas le Conseil d'Etat qui l'approuve, c'est la loi ». Dans l'espèce, le Ministre ayant subordonné l'approbation d'un changement apporté aux statuts d'une Société de Secours Mutuels régulièrement constituée à

(1) S. 1912-3-17. Note *in fine*.

l'apport de modifications sur d'autres points, le dispositif annule la décision de refus et déclare que les nouveaux statuts « doivent être approuvés de droit ». Des termes de l'arrêt, M. Hauriou conclut à l'adoption d'une nouvelle jurisprudence, conforme au système qu'il souhaite ; le procédé présenterait cet avantage sur le renvoi que « les intéressés ne seront pas obligés d'attendre que l'autorité administrative consente à refaire correctement les actes qui avaient été mal faits ».

Il semble difficile, nous l'avons dit, d'interpréter de la sorte la décision du Conseil, dans laquelle nous ne voyons qu'un renvoi particulièrement énergique ; il ne s'agit donc pas encore d'un progrès acquis.

Est-il possible d'adopter la suggestion de M. Hauriou, même dans les cas où les conditions restrictives qu'il énonce sont remplies ? Certes, en permettant de donner à l'annulation des refus un aspect très positif, elle présente un très grand intérêt pour les requérants qui obtiendraient immédiatement satisfaction.

Mais elle ne semble pas conciliable avec la fonction du juge, qui ne peut qu'exprimer plus nettement les règles légales. M. Hauriou nous dit, il est vrai, que l'autorisation contenue dans l'arrêt n'émanerait pas du juge, mais de la loi ; c'est aller trop loin, selon-nous. La loi ne fait qu'édicter les conditions nécessaires et prononcer, au cas où elles se trouvent réalisées, l'*obligation pour l'Administration* d'accomplir l'acte ; mais elle-même *n'autorise pas expressément*. Le Conseil d'Etat ne peut donc, à moins d'un texte contraire, supprimer cette intervention nécessaire des autorités publiques : le particulier devra se présenter devant elles, mettant son espoir dans le caractère très impératif de l'arrêt si la loi comportait une injonction ; quand il y a un texte, le juge ne saurait de sa propre

autorité l'interpréter de façon à en modifier totalement le sens, même implicite.

SECTION 2

LE SILENCE DE L'ADMINISTRATION INTERPRÉTÉ COMME UNE AUTORISATION

Ce procédé tend à réaliser une exécution rapide et certaine des décisions de justice dans l'hypothèse où le juge a reconnu *un droit* à l'intéressé ; il faut supposer que ce droit ne laisse à l'Administration aucune faculté d'appréciation et ne réclame d'elle aucun acte positif. Ce n'est donc qu'une extension du système que nous venons d'examiner.

Dans son « Précis de droit administratif » (2), M. Hauriou préconise l'emploi de ce système pour combattre l'abstention de l'Administration dans le cas d'actes légalement obligatoires pour elle à l'égard d'un individu déterminé.

« Il y a une foule de cas », dit l'auteur, « où pour l'exercice d'un de leurs droits, les administrés sont obligés par la loi de demander à l'Administration des autorisations ou des délivrances de pièces ou des récépissés de déclarations (récépissé de réclamation pour faire courir le délai de 4 mois en vue d'un recours contentieux, délivrance d'alignement, demande en autorisation de barrage, demande de permis de chasse, déclaration d'association, etc...). » Dans ces cas où l'Administration est tenue d'accomplir l'acte, ne peut-on pas considérer que le silence gardé par elle « équivaut non pas à une décision de rejet, mais au contraire à la déclaration qu'elle n'a pas d'objection à faire

(2) 12^e édition, p. 358.

à la demande de l'intéressé et que celui-ci peut passer outre ? » Il n'y aurait donc qu'un « simple avertissement adressé à l'Administration, avec faculté pour elle de faire opposition ».

M. Hauriou ne suggère ce moyen très rapide que pour obtenir l'exécution d'une *obligation légale* incombant à l'Administration ; il se réfère à l'exemple du décret du 25 mars 1852 et de la loi du 15 février 1902 (3), en ce qui concerne les permis de bâtir dans certaines villes ; aux lois du 15 mars 1850 et du 30 octobre 1886 pour les déclarations d'ouverture d'écoles libres. Mais n'a-t-il pas songé à l'appliquer aussi dans le cas d'*obligation née de la chose jugée* puisque dans sa note sous les arrêts *Denis et Rage-Roblot* au S. 1907-3-17, il déclare qu'une des conséquences de droit des arrêts d'annulation est que, « si la situation du réclamant peut être considérée comme rétablie sans intervention active de l'Administration elle sera considérée comme rétablie de plein droit. Cela conduirait plutôt à supposer accompli l'acte que l'Administration se refuse d'accomplir, toutes les fois que cet acte, par sa nature, ne répugne pas à être supposé accompli. » Il en serait ainsi dans les cas où le Conseil d'Etat reconnaît un droit au requérant, droit à l'alignement par exemple, à la suite d'un arrêt déclarant irrégulier au fond le refus de l'Administration ; le particulier pourrait interpréter le silence gardé par elle à la suite de la décision du Conseil, comme un consentement tacite. Il en résulterait que, dans tous les cas où l'intervention d'un acte positif des autorités publiques ne serait pas nécessaire, le renvoi comportant

(3) Cf. par exemple un arrêt Delorme du 1^{er} mars 1939. R., p. 127.

affirmation du droit du requérant deviendrait inutile, la seule énonciation de ce droit serait suffisante.

Le système de M. Hauriou, ainsi entendu, doit-il être admis dans notre droit positif ?

Remarquons tout d'abord, qu'il ne saurait y être introduit par le seul effort de la jurisprudence, mais qu'il requiert l'intervention de la loi, ce qui diminue fort ses chances de réalisation.

Mais, d'autre part, il ne nous semble pas présenter d'avantages susceptibles de compenser les inconvénients qu'il comporte. Du point de vue juridique, en effet, il aboutit à une substitution, non pas de la part du juge, mais de la part du particulier demandeur : lorsque le fonctionnement d'un service public ou l'intérêt général sont intéressés à l'accomplissement d'un acte, il est de principe que le droit d'initiative soit réservé à l'Administration, éventuellement sur requête d'un individu arguant de son droit. Par le système présenté ici, c'est le particulier qui met en demeure l'Administration de répondre, qui interprète son attitude et détermine son action personnelle en conséquence. Dès lors l'aspect juridique rejoignant l'aspect politique, cette conception du rôle de l'Administration nous paraît inacceptable : la Puissance Publique ne doit pas donner aux citoyens le sentiment qu'elle est partout présente, mais partout négligente ; dans l'intérêt même de sa tâche, il lui faut limiter son champ d'action, mais agir dans ce domaine avec toute conscience. Nous ne saurions admettre cette notion flottante, demi-anarchique, d'une Administration nonchalante qui pourrait intervenir pour approuver ou refuser, mais ne le fait pas, et dont les particuliers interprètent l'inaction en leur faveur. L'existence de leur droit n'est pas en la matière un argument suffisant parce que l'intérêt général exige une discipline dans l'exercice des

droits, spécialement quand ils touchent au fonctionnement des services publics, et la nécessité de l'intervention d'une mesure administrative est un élément de cette discipline.

Remarquons, en outre, que pour la matière spéciale des délivrances d'alignement, il est difficile de refuser à l'Administration un véritable droit d'appréciation. M. Hauriou lui-même le reconnaissait en 1912, dans sa note précitée sous l'arrêt *Société de Secours Mutuels La Blinoise* ; ce n'est que postérieurement qu'il adopta cette nouvelle conception, qui lui permettait de donner à son système une portée selon nous exagérée.

Nous rejetterons donc ce nouveau remède comme contraire à la réforme que nous souhaitons dans les mœurs administratives et dans la conception que se font les particuliers de la Puissance Publique.

SECTION 3

L'EXÉCUTION DES CONDAMNATIONS A UNE SOMME D'ARGENT PRONONCÉES CONTRE UNE PERSONNE PUBLIQUE LOCALE

Deux procédés sont très succinctement indiqués par M. Monsarrat dans une note au Dalloz 1938-1-126 sous l'arrêt de la Chambre des Requêtes *Grenouiller*.

L'auteur reconnaît expressément que toute saisie-arrêt de deniers publics est interdite. Mais il semble admettre, avec réticences toutefois, la solution adoptée par la Cour d'Appel de Rennes le 21 janvier 1892 (4) : une commune avait été autorisée par le Préfet à vendre des biens lui appartenant pour payer une dette ; le prix de ces biens ayant été inscrit au budget régulièrement approuvé, avec affectation audit paiement, la Cour permit au créancier de frapper de saisie-arrêt, entre les mains du receveur muni-

(4) D. 1893-2-380 et S. 1894-2-230.

cial, les sommes produites. La solution serait évidemment analogue si l'on suppose une créance née d'une décision de justice.

Ce procédé est discutable, reconnaît M. Monsarrat, parce que le principe de l'unité de caisse, énoncé dans l'article 21 du décret du 31 mai 1862 sur la comptabilité publique, interdit toute affectation de ressources. Mais il admet, en sa faveur, cet argument que « l'autorité administrative avait implicitement autorisé la voie d'exécution puisque le Préfet avait, au préalable, autorisé la vente uniquement pour permettre à la commune de désintéresser le créancier ».

Pour nous, il est inacceptable, parce que cette dernière justification est inconciliable avec l'interdiction de toute affectation de crédits, règle adoptée dans l'intérêt du service public : le paiement de la créance a pu constituer le motif déterminant de la vente des biens, mais ne confère aux particuliers aucun droit sur tels deniers publics individualisés : le fonctionnement de la machine administrative peut, à tout moment, exiger le paiement d'une dépense nouvelle, plus urgente encore que celle prévue, l'administrateur doit rester seul maître de ces appréciations d'opportunité. Au reste, l'on ne saurait parler, ici, d'un véritable système, mais plutôt d'une suggestion vague.

La même note de M. Monsarrat exprime encore l'idée que le créancier d'une collectivité publique peut céder son titre, dans les seules formes admises pour les créances civiles, évidemment, celles des articles 1689 et suivants du Code Civil ; la cession pourrait être admise pour les créances nées de décisions de justice, et comporterait signification entre les mains des comptables. Il faut reconnaître d'ailleurs que le principe n'est plus du domaine de la doctrine puisqu'il a été implicitement reconnu par une loi du

12 avril 1922 ; seul un emploi plus large du procédé peut être proposé.

Mais on voit bien qu'il ne résout pas véritablement le problème : l'Administration n'est en aucune façon contrainte à payer ; le créancier reçoit une satisfaction indirecte, par l'intervention d'un tiers, satisfaction certainement incomplète parce que le cessionnaire déduira du prix de la créance les risques que présente son recouvrement à l'encontre de l'autorité débitrice.

Par ces deux suggestions s'achève le tour d'horizon de la doctrine en notre matière ; nous ne pouvons que remarquer la valeur que prend le système adopté par M. Hauriou pour résoudre un problème qui ne comporte pas, semble-t-il, de solution totale.

CONCLUSION

A la fin de cette étude de principes et de jurisprudence, il nous reste à rechercher quelles sont les voies dans lesquelles peuvent s'engager ces deux manifestations de notre droit positif, dans une période particulièrement grave pour lui.

I. — *Les principes :*

M. Jèze voit dans la règle de la séparation de l'administrateur et du juge un principe politique qui ne saurait faire obstacle à la chose jugée. Il peut être en effet considéré comme tel dans la mesure où l'on y trouve l'un des aspects d'une organisation constitutionnelle fondée sur la séparation des trois Pouvoirs dont nous n'avons pas à examiner ici la valeur. Est-ce à dire que la règle de l'indépendance de l'Administration devra disparaître avec cette conception ?

Nous ne le croyons pas, tout d'abord parce qu'elle n'apparaît pas nécessairement avec elle, l'histoire de notre droit public et l'exemple des législations étrangères nous le montrent. D'autre part, supposant admise l'identité matérielle des actes respectifs du juge et de l'administrateur, il n'en résulte pas l'identité de leurs fonctions ; même si la confusion des pouvoirs est admise, il n'y aura

donc de véritable juge, en matière administrative comme en toute autre, que si la justice est déléguée (1). Nous nous trouverons alors en présence d'un organe de l'Etat qui ne saurait, *de son propre mouvement*, donner des ordres à un autre organe de l'Etat. C'est une conception qui satisfait, semble-t-il, l'esprit cartésien qui caractérise l'ensemble de nos constructions juridiques ; en effet, sous le régime de la justice retenue, alors qu'en droit le problème ne se posait pas puisque le Conseil d'Etat au contentieux était tenu pour un élément de la fonction administrative, la Haute Assemblée n'a usé qu'avec réticence des pouvoirs d'injonction et de substitution auxquels elle avait droit cependant.

Les circonstances de fait nous permettent de penser d'autre part, que l'éventualité d'un « gouvernement des juges » ne se présentera pas. Si le Conseil d'Etat garde son caractère de tribunal administratif véritable, nous croyons à la subsistance du principe de l'indépendance de l'Administration devant le juge, en tant que tel, quelle que soit l'évolution du droit public général, parce que, appliqué dans l'intérêt des services, il est une nécessité. La loi du 18 décembre 1940 sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil d'Etat n'apporte d'ailleurs aucune modification concernant les pouvoirs du juge, bien que l'atmosphère constitutionnelle soit toute différente. La jurisprudence ne marque aucun mouvement vers une attitude comparable à celle des tribunaux anglais, les quelques écarts que nous avons constatés sur ce point ne sont,

(1) Cette notion s'accorderait pleinement avec l'attitude adoptée dès maintenant par le Conseil d'Etat pour la détermination des juridictions ; il ne s'arrête pas aux discussions doctrinales, mais relie surtout les règles de procédure et l'intention du législateur de créer un nouveau tribunal. Cf. Note de M. Pierre Duclos sous l'arrêt Martin. D. 1939-3-37.

en aucune manière, les prémices d'une révolution juridique.

Le problème demeure donc entier, les solutions dégagées gardent toute leur valeur.

II. *Les remèdes.* — Quelles sont les tendances principales qu'il faut encourager, quels sont les procédés qui, à notre avis, sont susceptibles d'éviter que l'Administration n'abuse de son indépendance au préjudice des particuliers ?

A. — *Parmi les moyens utilisés par la jurisprudence*, deux notions présentent le plus grand intérêt et ne doivent pas manquer de recevoir la plus large application.

Tout d'abord nous souhaitons vivement que le Conseil d'Etat pousse toujours plus avant la détermination du *cadre de légalité* dans lequel s'insérera l'action administrative. Et même il ne trahit pas sa fonction de juge, pensons nous, quand il donne des ordres à l'Administration dans les cas exceptionnels où l'injonction émane expressément de la loi.

En ce qui concerne d'autre part le contrôle de l'usage du pouvoir discrétionnaire, nous fondons les plus grands espoirs sur les progrès considérables accomplis au cours de ces dernières années : le Conseil d'Etat recherche par un examen poussé des faits, si les refus de mettre en œuvre le pouvoir hiérarchique ou le pouvoir de tutelle ont été dictés par des raisons conforme à l'intérêt du service.

Cette jurisprudence mérite d'être largement appliquée parce que le détournement de pouvoir était une arme puissante contre la chose jugée ; d'autre part, cette mesure frappe l'acte, qui sera déclaré nul, sans préjudice de la sanction éventuelle dirigée contre son auteur,

Les progrès accomplis dans le domaine de la responsabilité pour faute de service nous semblent dignes d'être retenus, entre autres l'introduction de la notion de « délai normal pour agir » où nous retrouvons une manifestation de ce caractère mixte du Conseil d'Etat que nous avons signalé à plusieurs reprises.

B. — *Parmi les moyens proposés*, nous ne retiendrons que le système de la responsabilité personnelle.

Nous nous sommes prononcés à l'instant en faveur de l'extension de la responsabilité pour faute de service, nous préconisons maintenant celle de la responsabilité personnelle : ce ne sont pas en effet deux systèmes exclusifs l'un de l'autre, mais au contraire complémentaires ; la faute de service présente un aspect *objectif*, indépendant de l'agent qui la provoque ; elle est inhérente au fonctionnement de la machine administrative ; la faute personnelle offre un caractère *subjectif*, elle doit sa forme à l'influence directe de tel fonctionnaire déterminé. A chacune d'elles il est logique d'appliquer une sanction différente ; aussi faut-il combattre énergiquement — et nous suivons en cela l'opinion de M. Hauriou — la tendance exprimée par le Commissaire du Gouvernement *Blum* dans ses conclusions concernant l'affaire *Lemonnier* du 26 juillet 1918 (2) : la responsabilité du service serait la règle, la responsabilité personnelle n'apparaîtrait que si la faute est totalement étrangère au service. Cette conception aurait, en notre matière, les plus graves conséquences ; l'inexécution de la chose jugée serait toujours susceptible d'être rattachée au service, la sanction personnelle n'interviendrait plus ; ce serait une prime aux abus

(2) S. 1918-3-41.

de pouvoirs des agents. Dans certains cas d'ailleurs, la faute personnelle qui consiste pour un fonctionnaire à méconnaître la chose jugée, s'accompagnera d'une faute de service résultant, par exemple, de la négligence des supérieurs hiérarchiques ; la jurisprudence actuelle rend possible le cumul des responsabilités, comme nous le montre l'arrêt *Bodson*, du 29 décembre 1926 (3), mais deux actions distinctes doivent être introduites, l'une devant le tribunal judiciaire, l'autre devant la juridiction administrative. Cette double procédure décourage très certainement les plaideurs par sa longueur et sa complexité ; il serait possible, semble-t-il, d'y porter remède en considérant, dans de telles hypothèses, le service comme complice de la faute personnelle du fonctionnaire ; il serait justiciable de ce fait du tribunal judiciaire qui pourrait condamner l'Administration à garantir le paiement de l'indemnité mise à la charge de l'agent, en cas d'insolvabilité de celui-ci. L'on aboutirait ainsi à un système cohérent de sanctions, qui mettrait mieux en lumière l'unité du pouvoir juridictionnel : tribunaux judiciaires et tribunaux administratifs s'entraideraient pour assurer réciproquement le respect de leurs décisions.

Cependant, ce n'est pas dans sa forme actuelle que la notion de faute personnelle pourrait servir de base judiciaire. Un critère moins général et plus précis doit être trouvé, nous l'avons dit, pour que la détermination des compétences se fasse avec certitude. Nous attendons cet effort des tribunaux et du Tribunal des Conflits, les éléments à retenir étant essentiellement l'inspiration de l'acte, l'intention de son auteur : le détournement de pouvoir constituera souvent une faute personnelle.

(3) R., p. 1186.

Est-il nécessaire de souhaiter, comme le fait M. Hauriou dans sa note sous l'arrêt *Lemonnier*, que les particuliers puissent le saisir eux-mêmes des cas de conflit positif ? Dans l'état actuel de la jurisprudence, qui admet le cumul des responsabilités mis en œuvre par deux juridictions d'ordre différent, cette réforme serait du plus grand intérêt. Il n'en sera pas de même si la notion de faute personnelle acquiert une plus grande netteté et si le tribunal judiciaire est reconnu compétent pour prononcer sur le cumul des responsabilités parce que l'irrégularité commise dans le service n'est qu'un complément de la faute de l'agent.

C. — Au cours de l'étude à laquelle nous nous sommes livrés, quelques observations nous sont apparues relatives aux *directives nouvelles* que pourrait adopter sans inconvénient, nous semble-t-il, notre droit positif.

La responsabilité personnelle ne peut atteindre les membres des Corps administratifs. Cette règle ne nous semble pas indispensable, il y aurait au contraire grand intérêt pour l'unité du système, à la faire disparaître. La notion du service doit commander toute l'activité administrative : les membres d'une assemblée délibérante qui manifestent une opposition systématique, non fondée, à l'exécution de la chose jugée ne peuvent plus être considérés comme agissant dans le cadre de leurs fonctions ; le caractère collectif de leur action ne saurait leur conférer le droit d'abuser impunément de leurs pouvoirs. Nous ne serions donc pas opposés à ce que les tribunaux puissent connaître des actions en responsabilité personnelle dirigées contre les membres d'un corps administratif et qu'ils soient habilités, à cet effet, à rechercher les votes émis. Ce procédé est appliqué en Angleterre avec une extrême

rigueur, puisqu'il peut aboutir à des condamnations assorties d'astreinte ou même des peines de droit commun ! Nous ne réclamons que la mise en œuvre de la *responsabilité civile*.

Nous remarquerons, d'autre part, que les agents publics sont exposés aux sanctions du pouvoir disciplinaire dont la valeur juridique est évidemment plus discutable, mais qui présentent l'avantage de la promptitude. Les dernières réformes accomplies en matière d'organisation administrative par la loi du 16 novembre 1940 placent les organes locaux sous la dépendance directe du pouvoir central qui les nomme ; le problème des rivalités locales, particulièrement dangereux en notre matière, se pose sous un aspect quelque peu différent ; l'électoratisme est éliminé, sinon l'esprit partisan ; les maires ne peuvent plus éprouver ce sentiment de stabilité, parfois même d'impunité que pouvait faire naître l'investiture de l'élection, le pouvoir disciplinaire exerce sur eux une surveillance constante. Juridiquement, une question se présente : cette énergique impulsion donnée aux administrations locales ira-t-elle toujours dans le sens de la chose jugée ?

Nous nous permettrons d'apporter une dernière suggestion sur un point particulier, à savoir la solution des difficultés du type de l'affaire *Daraux* ; le particulier créancier d'une commune à la suite d'une décision de justice ne peut obtenir le paiement ; il demande au préfet d'inscrire d'office cette dette obligatoire et se voit opposer un refus pour raisons d'opportunité. Si, aux termes de la jurisprudence récente « ces motifs d'opportunité ne révèlent aucun détournement de pouvoir », l'affaire demeurera en l'état. Or, le requérant qui ne peut obtenir le paiement de la somme qui lui est due ne subit-il pas alors un *préjudice spécial résultant du fonctionnement normal des*

services publics ? « préjudice spécial », parce que la cause du non-paiement de sa dette se trouve dans l'état précaire des finances de la commune où il réside, éventualité qui ne se présenterait pas dans une commune voisine ; « résultant du fonctionnement normal des services publics », parce que l'opportunité peut effectivement exiger qu'à telle époque, le budget municipal ne soit pas grevé d'une nouvelle charge. Nous trouvons bien réunis les divers éléments de la *responsabilité pour risque*, théorie dont il y aurait lieu, croyons-nous, de faire application : le juge avait reconnu au particulier un droit à une indemnité, par exemple, à la suite d'un dommage ; cette somme ne lui ayant pas été versée, la réalisation de la réparation due ne s'est pas produite, le préjudice n'est, en fait, compensé par rien, sans qu'il y ait une nouvelle faute du service. Et ce risque est inhérent au fonctionnement de la machine administrative puisqu'il se manifeste sous la forme d'une inaction du pouvoir de tutelle dont le chef est le Ministre directement visé par la formule exécutoire. Il ne semble dès lors pas impossible pour le Conseil d'Etat de mettre à la charge de l'Etat cette indemnité qui ne peut être payée pour des raisons d'opportunité, des motifs de service public, sous réserve, pour lui, d'être subrogé dans les droits du particulier à l'égard du budget municipal ou départemental défaillant.

Nous achèverons cette étude en remarquant une fois encore que l'intérêt principal de son objet réside dans l'œuvre considérable accomplie par le Conseil d'Etat dans un domaine où deux grands principes juridiques n'apportaient que des éléments négatifs : tâche constructive que nous devons à la rare valeur des membres de la Haute Assemblée, et qui nous montre l'importance capitale du

facteur humain dans le fonctionnement de l'Etat. Pour l'Administration le problème se pose, nous ne pouvons, moins que jamais, nous permettre de ne pas lui donner la première place dans nos préoccupations ; s'il est résolu, nous aurons, de ce chef, assuré la victoire de l'ordre et du droit.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES

ALIBERT. — Le contrôle juridictionnel.

BÉQUET et DUPRÉ. — Répertoire de droit administratif.

BONNARD. — Précis de droit public, 1937.

— Précis de droit administratif, 3^e édition, 1940.

— Le contrôle juridictionnel de l'Administration, 1934.

CARRÉ DE MALBERG. — Contribution à la théorie générale de l'Etat, 1920.

DUEZ. — La responsabilité de la puissance publique, 2^e édition, 1938.

DUGUIT. — Traité de droit constitutionnel, 2^e édition, 1921-25.

— L'Etat, les gouvernants et les agents.

— Les transformations du droit public.

HAURIU. — Précis de droit administratif, 12^e édition.

— Précis de droit constitutionnel, 2^e édition, 1929.

— Notes d'arrêts (3 volumes), classées par André Hauriou, 1929.

JACQUELIN. — Les principes dominants du contentieux administratif.

JÈZE. — Principes généraux du droit administratif, 3^e édition, 1925,

- LAFERRIÈRE (E). — Juridiction et contentieux, 1896.
 MASPETIOL et LAROQUE. — La tutelle administrative 1930.
 WALINE. — Manuel élémentaire de droit administratif,
 2^e édition, 1939.

II. — ARTICLES

- ARTUR. — Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions. — R.D.P., 1900, 1902 et 1903.
- BERTHÉLEMY. — Les pratiques administratives anglo-saxonnes comparées au droit administratif français. — Bulletin de la Société de législat. comparée, 1931.
- BONNARD. — La compensation comme mode d'extinction des créances publiques. — Revue de Science financière, 1911, p. 1.
- Le pouvoir discrétionnaire et le recours pour excès de pouvoir. — R.D.P. 1923, p. 363.
- CAUDEL. — Le développement des juridictions administratives en Angleterre. — Revue des Sciences politiques, oct.-déc. 1928, p. 522.
- DEVELLE. — Décadence du pouvoir judiciaire et suprématie de l'Administration en Angleterre. — Revue politique et parlementaire, août 1933, p. 306.
- DUGUIT. — La fonction juridictionnelle. — R.D.P. 1922(p. 165.
- ESMEIN. — La jurisprudence en matière d'astreintes. — Revue de droit civil 1903, p. 5.
- La responsabilité personnelle des fonctionnaires. — R.D.P. 1909, p. 263.
- L'acte juridictionnel. — R.D.P. 1909, p. 667.
- Notes de jurisprudence — R.D.P. 1911, p. 690.
- De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel. — R.D.P. 1913, p. 437,

- De l'utilité des études de jurisprudence. — R.D.P. 1914, p. 311.
 - Notes de jurisprudence. R.D.P. 1928, p. 145.
 - La mise à la retraite des fonctionnaires publics. R. D. P. 1929, p. 305.
- JOSEPH-BARTHÉLEMY. — L'obligation de faire en droit public. — R.D.P. 1912, p. 505.
- MARC NOEL. — Les motifs dans les décisions des juridictions administratives. — R.D.P. 1924, p. 380.
- MARC REGLADE. — Le contrôle juridictionnel de l'opportunité. — R.D.P. 1925, p. 413.
- SIBERT. — Principes généraux sur la situation juridique des fonctionnaires anglais. — R.D.P. 1911, p. 222.
- WALINE. — Le critère des actes juridictionnels. — R.D.P. 1933, p. 565.

III. — THESES

- ALLIER. — De l'obéissance due par l'Administration active à la chose jugée par la juridiction administrative. — Paris, 1923.
- BOULARD. — Le respect par l'Administration active des décisions du Conseil d'Etat au contentieux. — Paris, 1932.
- Mlle FAYOLLE. — La force exécutoire des décisions de justice à l'encontre des administrations publiques. — Nancy, 1926.
- GOLDENERG. — Le Conseil d'Etat juge du fait. — Paris, 1932.
- GRACH. — De la limite des pouvoirs des tribunaux administratifs sur les actes de l'Administration. — Paris, 1912.

- GUILLIEN. — L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée. — Bordeaux, 1931.
- KELLERSOHN. — Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir. — Bordeaux, 1915.
- LADREIT DE LACHARRIÈRE. — Le contrôle hiérarchique de l'Administration dans la forme juridictionnelle. — Paris, 1937.
- LOTH. — De l'autorité de la chose jugée en matière administrative. — Lille, 1911.
- SPACH. — Les suites de l'annulation d'une nomination, promotion, révocation ou mise à la retraite. — Strasbourg, 1936.
- TARI. — Des moyens d'assurer l'exécution des jugements rendus contre l'Administration, et particulièrement du système d'astreinte en droit romain. — Paris, 1933.
- WELTER. — Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative. — Nancy, 1929.
-

TABLE DES ARRÊTS CITÉS

Les chiffres renvoient aux numéros des pages

1869	12 mai : Dame Clément, C.E. R. p. 456	25
1873	26 juillet : Pelletier, Confl., R. p. 118 (1 ^{er} s.)..	175
1874	16 janvier : Frères des Ecoles Chrét. de Levallois-Perret, C.E. R. p. 43	65
	16 janvier : Frères des Ecoles Chrét. de Saint-Denis, C.E. R. p. 45	65
1875	15 janvier : de Larralde, C.E. R. p. 49.....	154
1883	20 avril : de Bastard, C.E. R. p. 367	66
1889	13 décembre : Cadot, C.E. R. p. 1148	46
1893	9 juin : Thorrand, C.E. R. p. 450	92
1895	11 janvier : Cie du Gaz de Limoges, C.E. R. p. 21	137
	8 février : Cie du Gaz de La Rochelle, C.E. R. p. 126	137
	8 mars : Cie du Gaz de Bourg C.E. R. p. 217	137
	8 mars : Héritiers Jauze, C.E. R., p. 221....	137
	29 mars : Sté du Gaz de Nevers, C.E. R. p. 294	137
	5 avril : Bureau, C.E. R. p. 315, concl. Wurtz	75
1896	8 août : Cie des Bateaux à Vapeur de la Gadeloupe, C.E. R. p. 655	66
1897	26 novembre : Goret, C.E. R. p. 719	137

1899	24 février : Viaud, dit Loti, C.E. R. p. 153..	114
	9 juin : Toutain, C.E. R. p. 421	141
1900	30 novembre : Viaud, dit Loti, C.E. S. 1903-3-23, conc. St-Paul	114-131
1901	29 mars : Casanova, C.E. S. 1901-3-73, note Hauriou	154
1902	24 janvier : Demoiselle Noualhier, C.E. S. 1904-3-141	85-99
	31 janvier : Grosson, C.E. R. p. 57	182
	8 novembre : Grosson, Confl. R. p. 644	182
	21 novembre : Commune de Daon, C.E. R. p. 678	68
1903	19 juin : Colonel Ledochowski, C.E. p. 453..	115
	4 décembre : Blaise, C.E. R. p. 745	68
1904	8 juillet : Botta, C.E. S. 1905-3-81, concl. Romieu, note Hauriou	152
1905	10 mars : Berry et Chevallard, C.E. S. 1907-3-65, note Hauriou	138
	7 juillet : Warnier, C.E. R. p. 625	156
1906	23 novembre : Bichambis, C.E. S. 1907-3-66, note Hauriou	140
	30 novembre : Denis, Rage-Roblot, C.E. S. 1907-3-17, conc. Romieu, note Hauriou	135-194
	28 décembre : Robinet, C.E. R. p. 991	135
1907	1 février : Nouzille, C.E. R. p. 123	135
	12 juillet : Montaut, C.E. R. p. 683	135
	15 novembre : Cahen, C.E. R. p. 833	135
1908	13 mars : Nouzille, C.E. R. p. 274	153
	26 juin : Daraux, C.E. S. 1909-3-129, note Hauriou	76, 129, 150
	31 juillet : Dame Vve Guitton, C.E. R. p. 847.	135
	31 juillet : Combéleran, C.E. R. p. 848	135

	4 août : Sté Générale des Eaux d'Oran, C.E. R. p. 850	144
	18 décembre : Elections de Bouilh-Péreuilh, C.E. S. 1909-3-65, note Hauriou. 75, 92,	150
1909	23 janvier : Ministre de l'Intérieur, C.E. R. p. 66, conc. St-Paul	68
	9 juillet : Société de secours mutuels La Bli- noise, C.E. S. 1912-3-17, note Hau- riou	135, 191
	23 juillet : Fabrègues, C.E. R. p. 727	93
	6 août : Villars, C.E. R. p. 811	66
	7 août : Société du Sacré-Cœur de Montau- ban, C.E. R. p. 836	135
	19 novembre : Société de N.-Dame de Mazè- res, C.E. R. p. 898	135
1910	24 juin : Sté La Volta, C.E. R. p. 496	145
	24 juin : Pille, C.E. R. p. 500	155
	22 juillet : Fabrègues, C.E. S. 1911-3-121, note Hauriou	93, 172
1911	20 janvier : Delpech, C.E. S. 1911-3-137, note Hauriou	188
	3 février : de Hillerin, C.E. R. p. 157	135
	17 mars : Abbé Hardel, C.E. R. p. 350	86
	25 mars : Rouzier, Confl. R. p. 392, conc. Chardenet	172
	2 juin : de Pressensé et Morhardt, C.E. R. p. 665, R.D. P. 1911, p. 690, note Jèze.	98
	28 juillet : Rougegré, C.E. R. p. 914, conc. Chardenet	128, 183
	13 novembre : La Fraternelle Lavalloise, C.E. R. p. 1033	135
1912	12 janvier : Lombard, C. E. R. p. 61	67
	28 juin : Dlle Manrot, C.E. S. 1913-3-121, note Hauriou	164, 172

	26 juillet : Cies Orléans et Midi, C.E. R. p. 889, conc. Riboulet	106
1913	11 avril : Cie des Tramways de l'Est Parisien, C.E. S. 1914-3-113, note Hauriou	69
	4 mai : Veillon, C.E. R. p. 533	128
	21 mai : Docks Rémois, C.E. R. p. 550	145
1914	12 juin : abbé Hardel, C.E. R. p. 700	162
1916	30 mars : Sté du Gaz de Bordeaux, C.E. R. p. 143	69
1917	19 juin : Monpillié, C. d'Appel Bordeaux, S. 1918-2-1, ,note Duguit	173
1918	26 juillet : Lemonnier, C.E. S. 1918-3-41, conc. Blum, note Hauriou	202
1919	8 août : Abbé Toesca, C.E. R. p. 740 et R.D.P. 1919 p. 505, note Jeze et conc. Corneille	100
1921	17 juin : Robert, C.E. R. p. 603	118
	4 novembre : Ferré de Perroux, C.E. R. p. 911	95, 131
1922	12 mai : L..., Cour de Paris S. 1922-2-111..	75
	7 juillet : Commune de Cogolin, C.E. R. p. 587	72
	7 juillet : Le Gloahec, C.E. R. p. 597	183
	15 novembre : Cie du chemin de fer Paris- Orléans, C.E. S. 1924-3-33, note Hauriou	138
1923	8 juin : Lonjon C.E., R. p. 469	66
	27 juillet : Boud, C.E. R. p. 621	139
	30 novembre : Couitéas, C.E. S. 1923-3-57, note Hauriou	87
1924	5 janvier : Réault, C.E. R. p. 10	66
	8 août : Guyon, C.E. R. p. 815	120
1925	13 mars : Rodière, C.E. D.H. 1925, p. 313..	116
	24 juin : Wassilief, C.E. R. p. 602	95
	26 décembre : Rodière, D.H. 1926, p. 70, conc. Cahen-Salv. ; R.D.P. 1926, p. 32, note Jèze	116

1926	6 janvier : Général Descoings, C.E. R. p. 15	110
	13 janvier : Desmichels, C.E. R. p. 28	155
	13 janvier : Dubosq, C.E.	56
	26 janvier : Béjot, C.E. p. 51	146
	17 février : Contre-Amiral Estienne, C.E. R. p. 187	220
	26 mars : Lasserteux, C.E. R. p. 361	118
	30 avril : Béguier et Petit, C.E. R. p. 438....	146
	18 juin : Rodière, C.E. R. p. 623	116
	25 juin : Cie Foncière de Constantine, C.E. R. p. 643	71
	26 juillet : Dame Vve Mehl, C.E. R. p. 745	128, 151
	31 juillet : Dame Vve Pesch, C.E. R. p. 841..	134
	29 octobre : Peureau, C.E. R. p. 913	119
	24 décembre : Boudène, C.E. R. p. 1153.....	132
	29 décembre : Borson, C.E. R. p. 1186....	203
1927	11 février : Rifaut, C.E. R. p. 201	127
	4 mars : Kineïder, C.E. R. p. 281	117
	16 mars : Lozach, C.E. R. p. 332	118
	23 mars : Dame Nicol, C.E. R. p. 384	127
	11 juillet : Subra, Confl. R. p. 772	173
	3 août : Heusquin, C.E. R. p. 917	119
	9 décembre : Duigou, C.E. R. p. 1181	141
1928	8 février : Blacher, C.E. R. p. 183	141
	5 mai : Général Grimaud, C.E. R. p. 575	134
	11 juillet : Casanova, C.E. R. p. 884	68
1929	1 mars : Sté des Transp. en Commun de la Région Toulousaine, S. 1929-3-73, note Mestre	158
	13 mars : Royer, C.E. R. p. 299	66
	15 mars : Jolivet, C.E. R. p. 325	119
	26 juin : Cie Gle des Eaux, C.E. R. p. 622 ..	71
	16 juillet : Cie P.-L.-M., C.E. R. p. 742	67

	16 octobre : Lemnel, C.E. R. p. 902	134
	18 décembre : Héritiers Santarelli, C.E. R. p. 1125	119
1930	15 janvier, Groffe, C.E. R. p. 59	56
	7 février : Antoine, C.E. R. p. 149	111
	7 février : Bontoux, C.E. R. p. 153 67,	138
	8 février : Commune de Tonnay-Charente, C.E. R. p. 155	146
	20 février : Némausat, C.E. R. p. 196	112
	27 février : Trémège, C.E. R. p. 225	56
	28 février : Stéphan, C.E. R. p. 237	110
	20 mars : Cotetidot, C.E. R. p. 324 111,	135
	27 mars : Albertini, C.E. R. p. 349	162
	20 juin : Brun, C.E. R. p. 641	93
	27 juin : Chadenson, C.E. R. p. 660	141
	10 juillet : Ville de Castelnaudary, C.E. R. p. 709	160
	26 juillet : Bénéjam, C.E. R. p. 827	118
	7 novembre : Ville de Castelnaudary, C.E. R. p. 907	160
	12 novembre : Beauchoux, C.E. R. p. 922	68
	19 novembre : Martin, C.E. R. p. 948	145
	19 décembre : Epoux Muller, C.E. R. p. 1088	94
	26 décembre : Naudascher, C.E. R. p. 1112 ..	118
1931	5 février : Ville de Mézières, C.E. R. p. 135..	141
	19 février : Ville de Castelnaudary, C.E. R. p. 197	160
	18 mars : Le Fresser, C. E. R. p. 303	134
	18 mars : Béry, C.E. R. p. 310	107
	25 mars : Rochemont, C.E. R. p. 343	68
	1 mai : Commune de Plédeliac, C.E. R. p. 462	160
	6 mai : Tondut, ,C.E. S. 1931-3-81, note P.L.	71
	7 mai : Guichard, C.E. R. p. 495	132

	20 mai : Richard, C.E. R. p. 541	67
	22 juillet : Barberousse, C.E. R. p. 803	141
	25 juillet : Dame Venturini, C.E. R. p. 872.. 93,	163
	18 novembre : Thiant, C.E. R. p. 993	119
	21 décembre : Dlle Mistre, C.E. R. p. 1150..	140
1932	4 mai : Les fils d'Arthur Mathieu et Cie, C.E. R. p. 452	95, 132
	25 mai : Laurent, C.E. R. p. 501	119
	25 mai : Brisson, C.E. R. p. 505	118
	8 juin : Dève, C.E. R. p. 558	94
	1 juillet : Assoc. des chefs, sous-chefs et rédac- teurs de la Préfecture de Police, C.E. R. p. 657	112
	29 juillet : Assoc. des Fonctionnaires de la Marine, C.E. R. p. 825	118
	29 juillet : Sté Graf, C.E. R. p. 822, conc. Latournerie (R.D.P. 1933, p. 441, note Jèze)	107
	8 novembre : La Fay, C.E. R. p. 920	56
	25 novembre : Sté Mielle, Cailloux et Cie, C.E. R. p. 992	133
	21 décembre : Plane, C.E. R. p. 1113	67
1933	13 janvier : Mironneau, C.E. R. p. 50	127
	18 janvier : Maggi, C.E. R. p. 74	139
	19 janvier : Vidaud, C.E. R. p. 77	163
	27 janvier : Le Loir, C.E. S. 1933-3-132, conc. Detton	71
	3 mars : Allilaire, C.E. D. 1933-3-45, note Va- lensi	119
	7 avril : Deberles, C.E. S. 1933-3-68, conc. Parodi	119
	15 juin : Boisseau, C.E. R. p. 635	150
	11 juillet : Domergue, C.E. R. p. 766	120

	19 juillet : Scherer, C.E. R. p. 793	120
	25 juillet : Roux et Giraud, C.E. R. p. 885 ..	140
	30 novembre : Bertauld, C.E. R. p. 1118....	128
1934	26 janvier : Glon, C.E. R. p. 134	120
	7 février : Giudicelli, C.E. R. p. 179	141
	28 février : Delmas, C.E. R. p. 278	113
	8 mars : Colonna, C.E. R. p. 316	156
	14 mars : Sté de biscuiterie Cauvy, C.E. R. p. 339	72
	25 avril : Castel, C.E. R. p. 468	142
	25 avril : Chavériat, C.E. R. p. 469	96
	27 avril : Dame Venturini, C.E. R. p. 503..	93, 163
	17 mai : Lehanneur, C.E. R. p. 571	112
	13 juin : Collin, C.E. R. p. 670	132
	21 juillet : Gouv. Génér. de l'Indochine, C.E. R. p. 852	120
	21 juillet : Dufourcq, C.E. R. p. 856	141
	23 novembre : Syndicat des contribuables de l'arrondissement d'Aix-en-Provence, C. E. R. p. 1099	66
1935	13 février : Ville de Castelnaudary, C.E. R. p. 187	114
	6 mars : Ville de Clichy, C.E. R. p. 286	120
	15 mars : Le Loir, C.E. R. p. 350	120
	28 mai : Graulier et Crozet, C.E. R. p. 606	109
	4 juin : Barriot, C.E. R. p. 645	120
	21 juin : Nicoli, C.E. R. p. 700	118
	10 juillet : Rocca-Serra, C.E. R. p. 793	118
	27 juillet : Virtos, C.E. R. p. 915	99
	16 octobre : Dame Caillard, C.E. R. p. 1429..	68
	13 novembre : Dlle Merlet, C.E. R. p. 1054..	118
	27 novembre : Parateau, C.E. R. p. 1106	120
1936	15 janvier : Quinemant, C.E. R. p. 57	115

	27 janvier : Vergez, C.E. R. p. 116	132
	31 janvier : Sté Lustria, Chapal et Cie, C.E. R. p. 148	97, 165
	11 mars : Durvie, C.E. R. p. 316	67
	26 mai : Gaugry, C.E. R. p. 604	141
	8 juillet : Vespérini, C.E. R. p. 747	122
	19 octobre : Malherbe et Renard, C.E. R. p. 890	94
	6 novembre : Héritiers Couitéas, C.E. R. p. 967	88
	25 novembre : Wagon, C.E. R. p. 1036	71
	4 décembre : Dupuy, C.E. R. p. 1062	144
1937	27 janvier : Tourneur, C.E. R. p. 118	122
	27 janvier : Laurent, C.E. R. p. 124	96
	3 février : Dlle Blanchier, C.E. R. p. 147	96
	10 février : Commune de Bagnères-de-Bigorre, C.E. R. p. 183	139
	12 février : Bouhet, C.E. R. p. 193	122
	13 mars : Lefebvre, C.E. R. p. 313	145
	14 mai : de Nantois, C.E. R. p. 501	92
	26 mai : Schlumberger, C.E. R. p. 518	78
	23 juillet : Sté Le Centre Electrique, C.E. R. p. 772	69
	20 octobre : Ducarme et Vernis, C.E. R. p. 827	122
	27 octobre : Fairier, C.E. R. p. 865	68
	19 novembre : Sté des Scieries et Fabriques d'Allumettes de Then-Hoa, C.E. R. p. 948	164
	8 décembre : Blanc, C.E. R. p. 1003	96
1938	11 janvier : Garnier, C.E. R. p. 6	128
	12 janvier : Berthet, C.E. R. p. 8	131
	2 février : Mary, C.E. R. p. 114	97, 165
	15 février : Grenouiller, Req. D. 1938-1-126..	196
	4 mars : Fédération Nationale des Transpor- teurs de France, C.E. R. p. 233.....	99

	4 avril : Sté de l'Hôtel d'Albe, C.E. R. p. 341	155
	8 avril : Botton, C.E. D. 1939-3-40, note P.-L. J.	157
	3 juin : Sté la Cartonnerie et Imprimerie Saint- Charles, C.E. R. p. 529	88
	12 juin : Brody, C.E. R. p. 662	155
	20 juin : Schlumberger, C.E. R. p. 701....	78
	22 juin : Dame Vve Morali, C.E. R. p. 715 ..	165
	19 octobre : Amicale des Greffiers de l'Algé- rie, C.E. R. p. 767	157
	9 novembre : Saverdat, C.E. R. p. 834	132
	12 décembre : Epoux Vence-Girieux, Confl. R. p. 1017	67
	19 décembre : Damuzeaux, C.E. R. p. 959	956
1939	20 janvier : Commune de Souma, C.E. R. p. 18	165
	20 janvier : Hollender, C.E. R. p. 20	113
	17 février : Corniquet, C.E. R. p. 95	110, 135
	1 mars : Cordier, C.E. R. p. 128	160
	22 mars : Commune de Sérignan, C.E. R. p. 205	140
	C.E. « Le Temps », 4 juin 1939.....	164
1940	9 février : Monier, C.E. D.H. 23 mai 1940, p. 118	139

TABLE DES MATIÈRES

<i>Introduction</i>	9
I. L'administrateur et le juge dans la théorie du droit	10
§ 1. Les théories qui s'efforcent de mettre en lumière une <i>différence matérielle</i> entre les deux fonctions	11
§ 2. Les théories qui voient dans <i>l'élément formel</i> le principe de la distinction	16
§ 3. Que conclure ?	19
II. L'administrateur et le juge dans les divers systèmes juridiques positifs	22
§ 1. Les systèmes qui assurent une immunité — au moins partielle — à l'Administration..	23
§ 2. Les systèmes qui admettent un contrôle juridictionnel de l'activité administrative.	24
<i>Première partie. — L'anlagonisme des deux principes</i>	31
CHAPITRE I. — Le principe de l'indépendance de l'Administration. Son origine constitutionnelle	33

Section I. La conception première de la séparation des pouvoirs en ce qui concerne le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif	34
Section II. La période de la « justice retenue »	38
Section III. La conception évoluée de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire	42
§ 1. L'apparition de la « justice déléguée » en matière administrative	43
§ 2. Les raisons actuelles qui justifient l'existence d'une juridiction administrative spéciale	46
§ 3. L'indépendance de l'Administration dans l'état actuel de notre droit public	49
CHAPITRE II. — Le principe de l'autorité de la chose jugée	55
Section I. Le sens de cette règle	55
§ 1. La force de vérité légale	55
§ 2. La force obligatoire	56
Section II. Le fondement de la règle	58
CHAPITRE III. — La conciliation des principes et ses conséquences en ce qui concerne les pouvoirs du juge administratif envers l'Administration	61
Section I. Les procédés de contrainte directe interdits au juge administratif	63
§ 1. L'injonction	63
§ 2. Les substitutions	67
§ 3. Les procédés d'exécution forcée	70
§ 4. La compensation judiciaire	73

Section II. L'exécution et ses garanties dans le cadre de l'Administration	75
<i>Deuxième partie. — La méconnaissance de la chose jugée. Les procédés employés par l'Adminis- tration</i>	81
CHAPITRE I. — Les raisons d'ordre pratique	83
Section I. La substitution de la justice délégée à la justice retenue	83
Section II. Le développement de la décentralisation	84
Section III. L'ingérence des rivalités politiques et partisans	86
CHAPITRE II. — Les moyens employés par l'Administration	91
Section I. La méconnaissance directe	91
§ 1. Après l'annulation d'un acte positif	92
§ 2. Après l'annulation d'un refus	92
§ 3. Après une condamnation pécuniaire	94
Section II. La méconnaissance indirecte	95
§ 1. L'exécution incomplète	95
§ 2. Les retards	97
§ 3. La ruse dans l'exécution	97
<i>Troisième partie. — Les efforts de la jurisprudence du Conseil d'Etat</i>	101
CHAPITRE I. — Le contenu de la chose jugée d'après le Conseil d'Etat pour ses propres arrêts	105
Section I. L'intérêt de préciser cette notion ..	105

Section II. Où se trouve-t-elle énoncée ?	106
Section III. Son contenu	107
§ 1. Les devoirs négatifs	107
§ 2. Les devoirs positifs	108
A) Les conséquences de l'annulation d'un refus	110
B) Les conséquences de l'annulation d'un acte positif	111
CHAPITRE II. — Les moyens préventifs destinés à assurer l'exécution de la chose jugée	125
Section I. Le renvoi	126
§ 1. Le renvoi pur et simple ou « pour faire ce que de droit »	127
§ 2. Le renvoi comportant l'indication des mesures à prendre	130
§ 3. Le renvoi comportant l'affirmation du droit du requérant	134
Section II. Les moyens proches de l'astreinte ..	136
§ 1. La condamnation alternative	136
§ 2. Les dommages-intérêts moratoires	139
Section III. La fixation d'un délai et l'injonction	141
Section IV. Quelques cas de substitution	145
CHAPITRE III. — Les moyens répressifs	149
Section I. La sanction morale	149
Section II. L'annulation des décisions contraires à la chose jugée	151
§ 1. La violation de la règle de droit	152
A) Le domaine de ce contrôle	153
B) La formule d'annulation	156
§ 2. Le détournement de pouvoir	156

A) La mauvaise foi dans l'exécution	157
B) L'abus du pouvoir discrétionnaire	158
Section III. La responsabilité pour faute de service en cas de méconnaissance de la chose jugée	161
§ 1. La responsabilité pour méconnaissance de la chose jugée, <i>stricto sensu</i>	162
§ 2. La responsabilité pour retard dans l'exécution de la chose jugée	164

Quatrième partie. — Les moyens proposés par la doctrine française 167

CHAPITRE I. — La responsabilité pour faute personnelle en cas d'inexécution de la chose jugée 171

Section I. La responsabilité personnelle en général 172

§ 1. Le critère de la faute personnelle 172

§ 2. La juridiction compétente 174

Section II. La faute personnelle dans l'inexécution de la chose jugée 175

§ 1. La justification du système proposé 175

§ 2. Les modalités d'application 177

Section III. La valeur pratique du système .. 180

§ 1. L'attitude de la jurisprudence à son égard 180

§2. Les lacunes 184

CHAPITRE II. — De quelques procédés à portée limitée 191

Section I. Les approbations de droit 191

Section II. Le silence de l'Administration interprété comme une autorisation 193

Section III. L'exécution des condamnations à une somme d'argent prononcées contre une personne publique locale	196
<i>Conclusion</i>	199
I. — Les principes	199
II. — Les remèdes	201

Vu Le Président de la Thèse :

Aix, le 10 mai 1941

Ch. DURAND.

Vu Le Doyen :

Aix, le 22 mai 1941.

B. RAYNAUD

Vu et permis d'imprimer :

Aix, le 26 mai 1941.

Le Recteur,

P. MARTINO

